LO SPIRITO
DEL DIRITTO ROMANO

NEI DIVERSI GRADI

DEL SUO SVILUPPO

DI

RODOLFO JHERING

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO A GIESSEN.

TRADUZIONE DAL TEDESCO

DI LUIGI BELLAVITE

DOTTORE DI LEGGE

Con aggiunte e cambiamenti dell'Autore, o da Esso approvati; ed una prefazione del Traduttore.

MILANO

TIPOGRAFIA E LIBRERIA PIROTTA E C.

In Santa Radegonda, N. 987.

1855.

LO SPIRITO

DEL DIRITTO ROMANO

NEI DIVERSI GRADI

DEL SUO SVILUPPO

[illegible] t [illegible]

[illegible] fo [illegible]

[illegible] rant [illegible]

[illegible] de [illegible]

[illegible] ad [illegible] com [illegible]

[illegible] la.

22 [illegible] 18 [illegible]

LO SPIRITO

DEL DIRITTO ROMANO

NEI

DIVERSI GRADI DEL SUO SVILUPPO

DI

RODOLFO JHERING

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO A GIESSEN.

TRADUZIONE DAL TEDESCO

DI LUIGI BELLAVITE

DOTTORE DI LEGGE

Con aggiunte e cambiamenti dell'Autore,
o da Esso approvati;
ed una prefazione del Traduttore.

MILANO

TIPOGRAFIA E LIBRERIA PIROTTA E C.

In Santa Radegonda, N. 987.

1855.

PREFAZIONE

DEL TRADUTTORE

Siccome tutti soggiaciono all' applicazione effettiva delle leggi civili, così queste attraggono a sè più che ogni altra l'attenzione dell'universale. Per tale rispetto elleno dovrebbero avere la preferenza anche nello studio. Ma àvvene un altro, onde al contrario l'applicarsi alle medesime viene in breve a noja ai più, e scarsissimo è il numero di quelli che le coltivano fuori di chi ne fa professione. Io intendo per esso non tanto il fascio ingente di loro disposizioni particolareggiate, quanto quella mancanza che si lascia scorgere nel diritto civile (specialmente nella parte che riguarda le cose) di principii fondamentali e sommi che contengano il germe delle sue innumerevoli particolarità, ed a cui impertanto queste possano coordinarsi e subordinarsi facilmente a guisa di dipendenze. Questo difetto (per cui il diritto civile, più presto che di un sistema, ha la sembianza di un ammasso inordinato di particelle sciolte, che non la-

sciano intravedere una relazione diretta con principii originatori), lo si debbe imputare agli scrittori giureconsulti che trattarono *ex professo* del diritto privato romano; il quale presso che in tutta la colta Europa è anche oggidì il fondamento del sistema e dell'educazione legale, e l'unico mezzo che in questa scienza congiunge l'attività scientifica delle varie nazioni. I migliori fra essi, specialmente dei moderni, espongono colla esattezza più scrupolosa le disposizioni speciali di questa legislazione, e, per usare le espressioni di Jhering, dimostrano *la circolazione del sangue in ogni più piccolo ed insignificante passo delle Pandette, e di Gajo* (1). Ma a nessuno di loro è riuscito compiutamente (benchè, come vedremo più avanti, più d'uno il tentasse) di sceverare dal *corpus juris* il praticabile dall'impraticabile, di dispor quello nell'ordine naturale, e di ridurre così il diritto romano privato ad un sistema veramente scientifico. E però le opere di siffatti scrittori, non presentando un concetto chiaro e vivace del complesso, non possono nemmeno somministrare un'idea esatta dei particolari. Indi intervenne che i cultori dell'istoria, avvedutisi di non trovare nelle opere storiche sul diritto romano compilate dai giureconsulti, tranne il racconto inameno, e per sè solo ben poco istruttivo, del contenuto, dell'introduzione e della abrogazione d'una farraggine di leggi, se vollero conoscere l'effigie del diritto civile romano, furono costretti a lasciarle da un canto, ed a volgersi allo studio delle storie romane propriamente dette. Ed in verità più di uno storico di Roma ha compreso nelle sue investigazioni anche il diritto privato (2), lo avvisò e lo descrisse in corrispondenza col

(1) Introduzione, § 2, pag. 7.

(2) Come fece, verbigrazia, Gibbon: veggasi la nota a pag. 39 dell'opera.

complesso della civiltà e della vita romana e come porzione di essa, mostrando in lui per tal modo in atto la parte più interna e l' intenzione finale della civile filosofia. Ma avendo essi preso precipuamente di mira le vicende politiche di Roma, non si occuparono del diritto privato che come di un suo accessorio; e però in siffatte opere si cerca invano quella ampiezza di indagini, ch'è pure indispensabile onde si possa avvisare la correlazione delle innumerabili sue disposizioni e dei varii suoi instituti coi postulati generali. Laonde, benchè da simili scritture si attinga una cognizione del diritto romano più viva, e quindi più giusta che non da quelle dei giureconsulti (che, pur trattandone di proposito, lo sceverano dalla vita); ciò nulla ostante non possono cavarne una *conoscenza* distinta, concreta, intrinseca non pure i giuristi, ma nemmeno coloro che desiderano sapere qualche cosa di più che le generalità astratte o pratiche del diritto privato pei rapporti che intercedono fra esso e le altre discipline.

Avendo noi la mente a questa mancanza, che si scorge nella letteratura del diritto romano privato, ci sembrò che il lavoro del professore Jhering, (onde di fresco si era pubblicata nell'Alemagna la prima parte) giungesse opportuno per sopperire a tale lacuna; e che traslatandolo non avremmo fatto cosa inutile ai nostri compaesani. L' autore infatti si applicò in quest'opera ad indurre storicamente, dalla farraggine dei precetti giuridici, i principii originatori del diritto romano privato, ed a svelare per questa via' i pregi caratteristici d'una legislazione, onde le lodi stanno su tutte le bocche, ma ch' è sì poco conosciuta nel suo insieme. A mettere in atto la nostra idea ci confortò altresì non poco il vedere, che l' autore si era proposto e studiato di fare che l' opera sua riescisse intelligibile a tutte le persone colte, eziandio non le-

gali, mentre ciò ne dava speranza che, traducendola, avremmo servito ad un buon numero di lettori.

E riflettendo poscia sul mezzo più appropriato ad introdurli nella ragione sua, ci parve che un cenno sull'andamento progressivo dello studio del diritto romano, dal suo risorgimento sino al presente, sarebbe stato il più consentaneo allo scopo; perchè i leggitori, raccogliendo da lui le varie intenzioni con cui venne succcessivamente coltivato il diritto romano, avrebbero più agevolmente compreso quale di esse convenga all'epoca nostra, e medesimamente il luogo da assegnare al lavoro di Jhering. Nel tessere questo discorso ci siamo diffusi alquanto sulla scuola italiana e sulla germanica. Sulla prima tanto per l'amore speciale che, come a cosa nostra, le portiamo, quanto perchè, con avere iniziato il movimento scientifico, ella partecipa eziandio il merito delle scuole successive, a cui somministrò le fondamenta pel loro edifizio. Sulla germanica, per la grande nominanza ch'essa ottenne nel presente secolo mercè la così detta *scuola storica*, la quale continua a regolare col suo indirizzo, a giovare colle sue scoperte le menti degli scrittori moderni, e quindi a provocare gli ingegni a nuove investigazioni ed a nuove scoperte (1).

Il diritto romano giustinianeo non cadde mai in disuso nelle provincie, che avevano fatto parte dell'impero d'occidente (2). E nell'Italia in ispezie (dove Giustiniano poichè n'ebbe compiuta la conquista, inculcò

(1) Per la compilazione di quest'istoria dello studio del diritto romano ci siamo giovati dei lavori di Muratori, Savigny, Stuhl, Puchta e Sclopis. Abbiamo preferito questa avvertenza generale alle citazioni speciali, allo scopo di non interrompere senza necessità l'attenzione dei lettori.

(2) Vedi la pag. XXVIII di questa prefazione.

nel 554 l'osservanza generale de'suoi codici) i Longobardi, piantata che vi ebbero lor signoria, concessero agli antichi abitatori della contrada (romani) di reggersi con quelle leggi. Sotto i Franchi e Carlo Magno fu per verità introdotto fra noi anche il Breviario di Alarico recatovi dai Franchi, che venivano in Italia a prendervi impiego; ma nè anche questo Codice esautorò il diritto giustinianeo. Nondimeno ben rari erano di que'tempi i volumi delle quattro parti del *corpus juris;* per modo che non v'era città che tutti li possedesse, e poche ne avevano un solo intero. Quindi così per questo, come per l'ignoranza dell'età, incapace di penetrare il senso di una legislazione compilata di materiali elaboratissimi (qual è la giustinianea), uopo era che al bisogno pratico si provvedesse con brevissimi compendii, dove delle leggi romane s'aveva inserito solo quel tanto che bastasse alla decisione delle controversie più comuni, aggiungendovi certe consuetudini locali, più o meno antiche, che più tardi si accolsero negli statuti delle città italiane.

Se non che nell'undecimo secolo si palesò in Italia un gran cambiamento politico, onde la cagione immediata non fu per anco ben definita, ma di cui gli effetti contribuirono efficacemente a suscitare lo studio dei libri giustinianei. È desso l'affrancamento delle città italiane dalla soggezione imperiale, che per la più parte adottarono nel secolo seguente la forma e gli ordini della repubblica. Siccome esse pel commercio divennero in breve agiate ed opulente, così non bastavano a disciplinare le relazioni private quei compendii delle leggi giustinianee, ch'erano stati appena sufficienti per un'epoca rozza: nè la scaltrezza, che pure aumenta col crescere della civiltà e delle ricchezze, poteva coi loro provvedimenti venirne infrenata. Per converso il diritto giustinianeo sarebbe stato opportunissimo alle nuove occorrenze, sempreché a mezzo

di uno studio profondo, se ne fosse acquistata una cognizione compiuta. L'inclinazione degli animi assecondava fortunatamente questo impulso allo studio nato dalle necessità della vita. Il primo a porsi con successo all'opera fu, com'è noto, il bolognese Irnerio, uomo eruditissimo per l'età sua. Egli incominciò ad esplorare e svolgere scientificamente quel diritto, con farvi brevi note (glosse): aperse nella sua città natale una scuola di diritto romano, donde uscì la celeberrima università bolognese, germe e modello di tante altre. Da lui ebbe origine la scuola dei *glossatori;* i quali, poichè ebbero tratto in luce tutte le parti del *corpus juris,* colla scorta di manoscritti originali e del celebre manoscritto pisano stabilirono criticamente il testo delle Pandette; e finalmente, privi del sussidio della letteratura greca e romana non ancora risuscitata, col semplice acume naturale, aiutato da una assidua applicazione allo studio delle fonti, ottennero risultamenti materiali felicissimi e maravigliosi. Nella spiegazione del *corpus juris* i glossatori tennero l'ordine esegetico; come a dire seguirono la forma, la successione delle idee e dei testi delle fonti. Per rinvergarne il significato paragonavano e ravvicinavano tra loro gli innumerevoli passi, che avevano attinenza col punto di diritto in discorso, e dal tutt'insieme deducevano più spesso la regola legale con tale una aggiustatezza, che oggidì ancora in tanta copia di opere sul diritto romano, fatte col sussidio di tanti materiali ond'essi mancavano affatto, noi possiamo apprendere molto da loro così per l'originalità, la freschezza, il vigore e l'ordine di loro idee, come anche in grazia dell'influenza ch'essi ebbero sullo stabilimento dei dommi del diritto (che talvolta modificavano per adattarlo ai bisogni e agli usi contemporanei), e per cui riesce impossibile intendere a fondo gran parte delle teorie e delle usanze dei tribunali se non

si radducono alla scuola dei glossatori che le creò. Le opere, col cui mezzo i glossatori ottennero questo ascendente sulla pratica giurisprudenza, furono principalmente le *Summæ*. In queste opere essi non trattavano più il diritto col metodo esegetico, cioè seguendo fedelmente l'ordine delle fonti, ma sollevandosi al concetto dell'insieme di un istituto, lo esponevano coll'ordine che pareva loro più confacente al subbietto (sistematicamente). Ed i nostri lettori non legali maraviglieranno non poco quando sappiano che sì fatte opere dei giuristi italiani del secolo XII e XIII sopravanzano per l'intrinseco molte opere sistematiche olandesi e tedesche del secolo XVI, XVII ed anche del XVIII (1).

Per verità questi pregi dei glossatori vengono oscurati e menomati dallo stile barbaro che adoperarono, e dagli errori storici capitali di che sono brutte le loro scritture. Ma chiunque si faccia a considerare lo stato in cui erano in Europa la letteratura e la critica del tempo in cui vissero i glossatori, non vorrà per fermo bandire loro la croce se non furono scevri dai vizii della loro età, perchè a ciò avrebbe fatto mestieri che fossero stati più che uomini. Ed invece, pure ammettendo in essi que' difetti che dava di necessità il tempo, ma ben ponderandone altresì i pregi, avviserà questi più che sufficienti per farne interessante lo studio, e per eccitare gli eruditi a rendere di pubblica ragione alcune delle migliori loro opere che dormono ancora manoscritte nel fondo delle biblioteche (2).

Nè la riconoscenza che noi dobbiamo ai glossatori

(1) Le *Summæ* più celebri sono quella di *Rogerius*, che fu di tempo la prima. *Prima Summa quæ unquam fuerit facta* (Odofredo *ad l. 1 de transact.)* di *Placentinus* e di *Azo*; tutte sul Codice.

(2) La *Summa* di *Rogerius*, verbigrazia, non fu mai stampata.

che dai lidi più remoti accorrevano a Bologna per impararlo, reduci alla terra natale, non ommettevano mezzo per invogliare altri a studiarlo e per sostituirlo alle leggi patrie. In tal modo non pure nella Spagna e nella Francia venne promosso lo studio del diritto giustinianeo; ma lo si recò eziandio nella Germania, nella Scandinavia, nell'Irlanda, nell'Inghilterra e nella Scozia; la quale ultima contrada, appunto perchè conservò sempre l'uso e l'autorità del diritto romano, possiede una civile giurisprudenza che soprastà, pel carattere scientifico, di lungo intervallo all'inglese, la quale si è sviluppata pressochè indipendentemente da esso.

Ma è nella Germania, dove il sistema politico esistente nel secolo duodecimo giovò più che negli altri paesi a dar credito ed autorità al diritto giustinianeo. Era sentimento comune dei tedeschi colti d'allora, che quel diritto dovesse valere siccome legge, più che altrove, nell'Alemagna, per essere ella divenuta per la sede imperiale parte precipua e quasi capo del nuovo impero romano. Cotale opinione la veggiamo proclamare ben di sovente nel secolo decimosecondo e nel decimoterzo; e da indi a breve tempo viene espressa in leggi dell'impero, non già come un principio che convenga sancire, ma siccome un avvenimento di già compiuto.

Lasciando ora il discorso intorno alla Germania, per ripigliarlo a suo tempo, e continuando quello sui glossatori: merita d'essere notato che i pregi scientifici, per cui, come vedemmo, essi guadagnarono tanta influenza sull'età contemporanea e sulle successive, vanno gradatamente scemandosi in progresso di tempo, e da ultimo, cioè d'intorno alla metà del secolo decimoterzo, dileguano interamente. Infatti prima dai loro scritti, e poscia anche dalle lezioni dispajono la buona maniera antica, le vedute proprie, la succosa brevità,

le indagini concrete; e vi succedono una generalità indistinta, una vuota ampollosità, le quistioni scolastiche ed astratte. Quindi innanzi, a vece dei fonti, diventa subbietto degli studi, ed ottiene nei tribunali forza di legge la glossa di Francesco Accursio. Era dessa un compendio delle glosse e delle opere sistematiche anteriori; delle quali però, a giudicare dalla scelta poco giudiziosa, e dalla confusione delle varie sentenze che si osserva in quest'opera, l'autore aveva assai poca pratica. Non è difficile figurare quanto questo lavoro, effetto esso medesimo del decadimento degli studi, dovesse, specialmente col gran credito che ottenne, contribuire ad accelerarlo vieppiù. È invece meno agevole indicare le cause di tanta mutazione. Una di queste fu al certo lo scadimento dei professori di diritto dall' alto posto che occupavano, come tali, nei consigli delle repubbliche italiane, e quindi nell' uso dei negozii pubblici; a cui vuolsi attribuire quell' eminente senso pratico che spicca tanto nei loro scritti, e senza di che la cognizione del diritto non merita nemmeno il nome di scienza. Per questo cangiamento nella condizione dei professori di diritto, nato dalla preponderanza politica che intorno alla metà del XIII secolo acquistò il partito popolare, cessò lo stimolo efficacissimo dell' ambizione d'impero che prima attraeva i membri delle famiglie più illustri all' ufficio d' istruttore. Ma se a ciò non si fosse aggiunta una certa prostrazione degli animi, venuta non si sa d'onde, si sarebbe vinto anche questo ostacolo, come accadde altre volte di ben maggiori.

Se questo scadimento avesse proseguito, la giurisprudenza sarebbe tornata in quello stato di barbarie dove la trovarono i glossatori; nè ella avrebbe potuto, dopo risorte le lettere greche e romane, spiccare sì alto volo nella scuola francese.

Ma invece sul principio del secolo XIV cominciò a manifestarsi nello studio della giurisprudenza un novello indirizzo, che, quantunque fosse di pregio inferiore a quello del periodo antecedente, pure fu bastevole a chiamare distinti ingegni a questi studi, e quindi a mantenere in vita la scienza insino a quando sottentrò ad innalzarla il movimento scientifico generale. Questo nuovo incammino che si diede allo studio del diritto giustinianeo, consisteva nella sposizione sistematica delle dottrine pratiche e nelle consultazioni, che successero alla spiegazione del testo della legge, onde s' occupavano i glossatori.

La scuola dei glossatori del diritto giustinianeo avea dato in breve tanta rinomanza ed autorità a quel diritto, che a lui dinanzi si ritrassero ed andarono in disuso le leggi straniere (come le longobarde) che avevano forza in Italia, quantunque nessuno abbia mai loro intimato l' esiglio. Ne fanno convincentissima prova due fatti: 1.°, che nel secolo XIII cessa nei contratti e nei testamenti la professione della legge e della nazione, che praticavasi innanzi per indicare la legge dell' atto; 2.°, che nel Codice del celebre Federico II (opera fatta da Pier delle Vigne pel regno di Napoli, dove le leggi longobarde si ebbero la maggiore autorità) che fu pubblicato nel 1231, veggiamo stabilita la prescrizione, indistintamente per tutti, secondo il diritto giustinianeo. D' indi in qua non fecero più concorrenza al diritto giustinianeo nel foro della maggior parte d'Italia che gli Statuti. Tutto quanto lo studio si rivolse perciò ad applicare le leggi romane alla pratica, combinandole colle disposizioni dello Statuto locale. I lavori di questo periodo sono trattati particolari sulle singole materie del diritto, ove tutto mira alle controversie agitate nel foro, alla sua pratica ed a'suoi usi. Bar-

tolo e Baldo ebbero maggior fama tra questi giureconsulti.

Ma il mezzo con che in quell'epoca si saliva in maggior credito erano le consultazioni, che davansi dai dottori non solo nelle liti tra'privati, ma eziandio in quelle tra'principi e tra Stati. Non era di que'giorni surta ancora la scienza particolare del diritto internazionale pubblico, e le quistioni che nascevano cotidianamente tra governo e governo, tra imperatore e papi, tra papi ed antipapi, si decidevano col nudo diritto privato. Nessun governo si accingeva a saziare la sua ambizione con appropriarsi l'altrui se non chiedeva prima il parere di qualche università, collegio o giureconsulto; ed è ben naturale che le domande del petente non rimanessero mai senza una risposta plausibile. Questo indirizzo pratico dato alla scienza valse a correggere le puerilità ed inezie, che avevano fatto irruzione nell' insegnamento e nelle opere nella seconda metà del secolo XIII; e per questo lato è innegabile un progresso, specialmente nelle consultazioni, di cui quelle di Baldo, Tartagno e Oldrado (1) si possono studiare anche oggidì con sommo profitto per l'istoria dei dommi. Tuttavia, se noi paragoniamo in genere le opere nate in questa epoca con quelle dei glossatori, il vantaggio, come dianzi accennavamo, rimane a questi ultimi. E in vero nelle opere di quest' epoca ben di rado si rinvengono indagini proprie, mentre per ordinario si riscrivono le opinioni dei giureconsulti antecedenti senza por mente alla distinzione dei casi, e l' autorità dei nomi si adopera più spesso di quella delle ragioni e dei testi. Nè poteva essere altrimenti volendosi applicare le leggi romane, che non s'intendevano, ai

(1) È quell'Oldrado che aveva stimolato il Petrarca a preferire la scienza delle leggi alla poesia.

costumi ed agli instituti presenti, sì remoti dai romani. Indi le regole del giusto divennero affatto incerte; indi sorsero quelle tante clausole solite ad apporsi nei contratti, e le tante formalità nei giudizi, che fecero insino deplorare alle oneste persone l'introduzione del diritto romano. Ad accrescere il male contribuì anche l'uso delle forme dialettiche, che, cominciato ad introdurre nella giurisprudenza da Odofredo, nella seconda metà del secolo XIII, fu da Bartolo, principale rappresentante della scuola attuale, spinto sino al ridicolo. Alla introduzione delle pure forme logiche si riduce l'influenza che lo splendore a cui era stata recata la letteratura italiana, ed il risorgimento delle lettere antiche e della filosofia esercitarono sullo studio delle leggi.

Fin anco gli uomini insigni nelle lettere, come un Cino da Pistoja e Francesco Aretino il filologo, non danno nei loro scritti legali nessun indizio di questa loro cultura.

Il metodo di Bartolo si radicò nella pratica e nella letteratura giuridica per modo che il foro di tutti i paesi, ove il diritto giustinianeo aveva autorità, resistette pertinacemente per lungo tempo al totale rinnovamento adoperato nello studio della giurisprudenza romana dall'Alciato e dalla scuola francese (1).

Questa totale rinnovazione nello studio delle leggi romane a mezzo della filologia e dell'istoria non incominciò effettualmente che nel secolo XVI; quindi gran pezza dopo che le altre discipline, antivenute prima

(1) Ce ne somministrano una prova irrefragabile le opere dei nostri più distinti autori che vissero sino a mezzo il secolo XVII; le quali riboccano di allegazioni, di distinzioni e suddistinzioni, di limitazioni e sullimitazioni per cui, a malgrado i pregi intrinseci onde vanno giustamente celebrate, riescono intollerabili a leggersi, e non servono più comunemente ad altro che a nutrire nei giuristi superficiali il mal vezzo delle citazioni impertinenti.

dal risorgimento della giurisprudenza, avevano di già raggiunto un alto grado di cultura. E sì che al lume che le lettere latine e greche ristaurate spandevano sugli instituti e sui costumi dell'antichità, non era difficile che i giuristi eziandio riconoscessero la superficialità, gli errori e la rozzezza della nuova giurisprudenza in comparazione della romana. Ed in effetto, per quanto pure i glossatori si fossero studiati di penetrare nell'intimo del diritto giustinianeo, essi nou poterono comprenderne che alcune instituzioni universali, od a così dire cosmopolitiche, non già le romane propriamente da esso in gran parte conservate, e meno ancora poteva loro venir fatto di sollevarsi al suo comprendimento generale. Era loro venuto meno quel sussidio dell'erudizione storica, ch'è indispensabile per poter interpretare giustamente ogni vecchia legislazione. Questa infatti, o a dir meglio, il diritto ch'ella comprende, non è una instituzione a sè e fuori dell' uomo, ma la sostanza sua è la vita umana medesima risguardata da uno de'precipui snoi lati. Quindi lo studio di una legge, se non è accompagnato colla conoscenza della società che l' ha messa in opera, conviene che di necessità riesca insufficiente a bene intendere il diritto reale di quella medesima società. Ciò dipende della natura stessa della legge, la quale non è più che la formola compendiata di gran numero d' idee giuridiche familiari ai contemporanei, una specie di contrassegno, d'indizio, ond'essi intendono il significato, perchè nelle proprie cognizioni ed abitudini sociali e domestiche ne posseggon la chiave. Posto questo, come potevano i glossatori, separati per tanto spazio dall' età di Giustiniano, attingere una conoscenza adeguata del diritto romano dalle sole fonti giustinianee? Che proporzioni smisurate non prendeva poi questa difficoltà ove si rifletta che quelle fonti, quel *corpus juris* non erano

nè anche un codice di legge compilato d'un tratto o fuso insieme, ma una racolta di disposizioni spesso incompatibili, sorte da più sistemi giuridici disparatissimi, avvicinate insieme con ordine superficiale senza principii generali che, inchiudendone i germi, porgano i mezzi di avvisarne le relazioni scambievoli e di governarle! A mente umana non poteva riescire di estrarre dalle varie parti e dagli infiniti frammenti del diritto giustinianeo un sistema di diritto; e però si comprende agevolmente come molto tempo prima della innovazione, cioè fino dal secondo decennio del secolo XV, qualche intelletto indipendente distinguesse di già, di mezzo alla sollecitudine con che procacciavasi nascondere l' incertezza e la contraddizione delle interpretazioni delle leggi giustinianee, la necessità di studi indipendenti dalle fonti (1).

Non racconteremo qui per filo e per segno l'istoria di questo terzo movimento scientifico, che sottentrò a quello dei glossatori e dei prammatici. Com' esso fu il periodo più splendido della nostra letteratura, ed i Francesi vi ebbero la parte precipua, così la notizia del medesimo è molto divulgata. Quindi non ne diremo che quanto basti a farcene avvisare i caratteri sostanziali, a fine di apparecchiarci a distinguere le differenze che intervengono tra questo novello indirizzo scientifico e quello *della Scuola storica*, che più direttamente riguarda la scienza attuale.

In questo terzo periodo lo studio del diritto romano si trasmutò, dopo breve pausa, dalla terra nativa, dove insino allora aveva fiorito, in Francia. Là, seguitando l' iniziativa del milanese Alciato, che vi stette alcun tempo ad insegnarlo, Giacomo Cujaccio riescì a recare l'esegesi dei libri giustinianei a tanta

(1) Tra essi merita speciale menzione Ambrogio Camaldolese, nato a Partico nel 1386.

perfezione, che senza il sopraggiungere della scoperta di nuove fonti, e segnatamente delle instituzioni complete di Gajo, non sarebbe rimasto ai suoi successori quasi più nulla da mietere sopra questo campo. Quell'insigne capo scuola si prefisse di digrossare colle umane lettere l'interpretazione del diritto giustinianeo, affrancarlo dalle pastoje della scolastica onde lo avevano viluppato gli ultimi commentatori, e ritornatolo alla sua nativa purezza, proporlo alla pratica, ad emenda delle erronee dottrine che con lei s' erano inviscerate. A tale intento egli adoperò le tradizioni del diritto romano più antico, ch'egli con accorgimento più presto unico che raro, seppe cavare da ogni genere di letteratura greca e romana. In questa applicazione, in che tanti lo seguirono, sta appunto il carattere peculiare che distingue la scuola di Cujaccio da quella dei glossatori. Con essa si chiude la prima età della giurisprudenza romana moderna, la quale eseguì il cómpito di insignorirsi parte a parte dei materiali antichi, e di condizionare per tal modo i sopravvegnenti ad elaborare il diritto giustinianeo nell'universale e nel particolare per attingere quello scopo più elevato a cui fu indirizzata la nostra scienza in sequela al movimento filosofico che venne dietro alla riforma.

A ben comprendere l'indole di questo nuovo incammino dato allo studio del diritto giustinianeo è indispensabile che per noi si richiamino brevemente i difetti del metodo anteriore, ed i cambiamenti che grado grado si introdussero per ripararvi.

Di già parlando dei glossatori osservammo come essi, oltre trattati esegetici, componessero sulle singole parti del *corpus juris* opere sistematiche, che domandarono *summae*. Alcuni giuristi seguaci della nuova scuola francese non tardarono ad imitarli, surrogando al metodo esegetico seguito dal Cuiaccio il

metodo sistematico. Questo cangiamento, che sullo scorcio del secolo XVI incomincia ad adottarsi da qualche scrittore, si divulga ognora più nel secolo XVII e XVIII. E così doveva accadere per la natura stessa della cosa. Infatti, come più volte avvertimmo, i codici giustinianei, così pel materiale donde furono compilati (di che tanta parte riesciva inapplicabile alle nuove società), come pel disordine in cui questo materiale era stato nei medesimi inserito, mancavano del tutto di quella unità organica ed armonia di parti, che è requisito indispensabile di una teoria legale onde ella possa sopperire ai bisogni della pratica. Per soddisfare a queste necessità pratiche che si manifestavano nelle incertezze, nelle contraddizioni, nelle oscurità del diritto giustinianeo, e moltiplicavano in proporzione che se ne approfondiva lo studio, si abbracciò successivamente un metodo di trattazione meno ligio alle fonti. S' incominciò a sceverare nel *corpus juris* il diritto criminale e la procedura dal diritto privato. Svolgendo quest'ultimo prima si ritenne bensì l'ordine dei titoli delle Pandette, ma si dispose giusta un ordine proprio la materia cadente sotto ogni titolo; poscia si si rese ancora più indipendenti dalle fonti scambiando quell'ordine con quello, ancora più libero, delle *instituzioni.* Non mancarono eziandio giuristi celebri (specialmente olandesi) che alle statuizioni delle vecchie leggi aggiunsero quelle delle nuove. Nondimeno, studiando quest'opere, non è difficile avvedersi, che nel maggior numero al cambiamento di forma non corrisponde una mutazione interna nel modo di trattare la materia. Non s'erano fatte o non accertate ancora nell' istoria romana quelle scoperte, che dovevano cambiare interamente l' aspetto allo studio dell' antichità; nè la scuola del diritto naturale aveva dimostrato ancora colle sue grandi vedute e co' suoi grandi errori, con quali materiali

si dovesse ricostruire quel nuovo sistema di diritto onde sentivasi generalmente il bisogno. Laonde i giuristi suddetti non seppero penetrare lo spirito del diritto romano, e separarlo dalla lettera che lo involgeva; non infusero nei materiali dell' antichità la vita sua propria, ma solo agevolarono il loro rinvenimento. Ciò posto non è da maravigliare, se, a malgrado le nuove opere di forma sistematica, si era costretti di andare a tentone e di procedere a caso applicando il diritto romano alla pratica; e però se molti giureconsulti, attribuendo tutto il male al domma dell'autorità legislativa del diritto giustinianeo, (posciachè avevasi mormorato lungamente contro il suo uso), colsero l'opportunità per attaccarlo scopertamente; questa venne loro offerta da un ausiliario nato dalla filosofia speculativa, che s'era sviluppata dopo la riforma, il così detto *diritto naturale* o *diritto della ragione*.

Com'è noto, Ugone Grozio nei primi anni del secolo XVII iniziò una scienza novella del diritto, che Kant sul finire del XVIII, recò al suo compiuto sviluppo filosofico (1). Essa scienza fu appellata *Diritto della Natura* o *della ragione*, perchè da un principio attinto alla ragione presumeva dedurre un diritto non circoscritto nè da luogo, nè da tempo. I numerosi proseliti di questa scuola risguardavano l'istoria del genere umano come frutto di un conato, che aveva sempre fallito il suo scopo per mancanza di una teoria giusta che lo dirigesse; ed il diritto storico positivo veniva da loro considerato quale ostacolo da rimuovere, onde sostituirvi quel diritto ideale perfetto eterno ed immutabile, ch'essi pretendevano essere stato finalmente scoperto dalla ragione. Da costoro si indisse impertanto la guerra all' uso del diritto giustinianeo, e si propose la compilazione di un Codice

(1) Grozio si lagna del soverchio studio del diritto romano.

civile con principii nuovi cavati dalla sola ragione tanto semplici e medesimamente particolareggiati, che bastasse consultarlo per decidere qualsiasi caso. In questo intento di abolire la legislazione giustinianea e di compilare un Codice civile universale convennero eziandio molti pratici, a ciò indotti dalle insormontabili difficoltà, che si presentavano nell'applicazione di quelle leggi. Questi però, non credendo alla possibilità di creare un diritto novello, volevano che il nuovo codice si compilasse coi materiali somministrati dal diritto romano, da'suoi commentatori e dalle leggi locali, salve quelle modificazioni che l' esperienza avrebbe dimostrato necessarie. Effetto di così fatto impulso fu l'esecuzione e la promulgazione dei codici Prussiano ed Austriaco (1).

A questo spirito di avversione all'uso del diritto romano diede più tardi nuovo alimento nell'Alemagna il senso di nazionalità. Affrancatasi dessa dalla dominazione e dalle leggi francesi, si sviluppò, com'era naturale, presso quel popolo un gran fervore nazionale ed una profonda avversione per tutto quanto era d'origine straniera. Perciò il diritto giustinianeo, che reggeva tuttavia i paesi non soggetti ai codici prussiano ed austriaco, si vide assalito allora ad un tempo dai giureconsulti e dai patrioti chiedenti la compilazione di un Codice civile germanico, il quale, per avviso d'alcuni, avrebbe dovuto finanche surrogare l'austriaco ed il prussiano.

Fra i giureconsulti che discesero nell' arringo per attaccare l'autorità del diritto giustinianeo, e per sostenere l' opportunità di un Codice nazionale, vanno annoverati Thibaut (2) e Feuerbach (3); il primo però

(1) Le cagioni immediate del Codice Napoleone furono invece d'indole politica.

(2) Della necessità di un diritto civile universale per l'Alemagna. 1814.

(3) Feuerbach, Prefazione all'opera di Borst: L'onere della prova nel processo civile 1816.

voleva che nel compilarlo si avesse principalmente l' occhio al diritto antico, il secondo che si consultasse innanzi tutto il diritto naturale.

Coll' occasione di combattere questa tendenza universale alla codificazione, e segnatamente quella che muoveva dal diritto naturale, e di difendere l' autorità del diritto romano, un giureconsulto romanista, noto anche prima come professore e scrittore (1), Federico Savigny, appoggiandosi a principj professati innanzi da altri autori (2), formulò per iscritto (3) una dottrina, onde divenne capo d'una scuola cui egli denominò *istorica*. Il romore che levò siffatta scuola colla sua reazione diretta alle opinioni erronee, che allora professavansi comunemente intorno al diritto privato, e più ancora il lume che le sue dottrine somministrano per l'intelligenza dell'opera da noi tradotta, ci indussero a qui tracciarne le idee fondamentali e caratteristiche; per dire poscia delle esorbitanze e dei difetti che in essa si manifestano ragguagliandola al fine attuale di questa specie di studi.

Ecco in compendio la sostanza di questa nuova maniera di considerare la legislazione; (4) « Ove si « pigli ad esame l' istoria, tosto si discopre che, « come ciaschedun popolo creasi una lingua, un'arte, « una costituzione propria, così esso (quando non « venga impedito da ostacoli esterni o dal contatto « precoce con un diritto straniero) si foggia anche il

(1) Per l'opera dommatica: Il Diritto del possesso, 1803.

(2) Da Hugo e da Möser. Veggasi Savigny nell' opera qui appresso citata, pag. 15 della terza ediz., Eidelberga, 1840.

(3) Della vocazione dell'età nostra alla legislazione ed allo studio del Diritto. 1814.

(4) Secondo che si può ricavarlo da varj scritti di Savigny, e segnatamente dall'opera citata nella nota antecedente, ch'è il programma di quella scuola, non che dal *giornale per la scienza storica del diritto* compilato da esso in compagnia di Eichhorn e Göschen, v. 3, f. 1. 1816.

« suo diritto. Tutti questi subbietti non hanno in ef-
« fetto un' esistenza distinta ed a sè, ma son frutto
« di virtù ed atti speciali dello istesso popolo; virtù
« ed atti che in natura non vanno disgiunti: soltanto
« alla nostra vista essi compariscono separati. Onde esprimere
« mere le conseguenze di questo suo diritto, come a
« dire: la creazione, il cambiamento, l'estinzione dei
« rapporti giuridici, il popolo le incarna in atti sim-
« bolici d'una evidenza intuitiva.

« Ma, non appena i principi giuridici creati dall'i-
« stinto del popolo crebbero oltre una certa mi-
« sura, tutto il popolo non è più in istato di go-
« vernarli; e quindi il diritto, fatto adulto, passa in
« mano dei giureconsulti che (nel modo che adoprano
« i letterati colla lingua), riducono ad unità scientifica
« codeste parti d'un organismo solo, ed in quella del
« legislatore che lo scrive. Però, anche dopo questo
« passaggio, il diritto non resta sottratto interamente
« all' azione del popolo: anzi questi, come insegna
« l'esperienza cotidiana, continua ad influirlo tanto in
« ordine alle materie più semplici, e d'onde sente più
« spesso il bisogno, quanto per quelle d'indole pub-
« blica. Laonde anche in seguito il diritto procede
« a mezzo di due elementi: popolare e tecnico. Solo
« il diritto che nasce per questa via viene da una causa
« naturale, ed è perciò un organismo vivente: ogni
« altro è creazione artificiata e priva di vita. L'istinto
« popolare, che si manifesta per mezzo della consuetudine,
« è impertanto, giusta il testimonio dell'istoria, quello
« che ingenera il diritto: e però contraddicono al
« fatto, all'istoria quei giureconsulti che assegnano
« l'origine del diritto alla riflessione ed al calcolo.

« Ma ciò non è tutto: Non solamente il legisla-
« tore non crea il diritto nelle società poco avanzate,
« ma anche quando la cultura giuridica è molto in-
« nanzi, e che il legislatore si crede padrone asso-

« luto dell'opera propria, egli soggiace all' influenza
« del diritto passato. Ogni epoca della vita d'un po-
« polo è congiunta con un vincolo non visibile al-
« l'occhio nudo, ma pure reale colle età passate: le
« idee della generazione vivente sono il prodotto dei
« pensieri di quelle che la precedettero, voglialo ella
« o no. Quindi s'appongono in fallo coloro, che pen-
« sano di poter estrarre liberamente dal proprio
« pensiero un sistema di diritto affatto nuovo. Di
« qualunque nome s'appelli il fonte d'onde preten-
« dono derivarlo, filosofia, diritto naturale, intel-
« letto umano; interverrà immancabilmente ad essi
« l'una delle due: o scambieranno l'idea loro sogget-
« tiva sull'andamento del mondo con questo an-
« damento istesso; ovvero reputeranno di comune
« pertinenza umana ciò ch' è soltanto proprio d'un
« popolo o di più. Nel primo caso s'indurrà, senza
« che essi se ne avveggano, nell'animo loro il senti-
« mento erroneo, che il mondo abbia incominciato
« coi loro pensieri attuali, e quindi si figureranno un
« falso aspetto delle età passate. Nel secondo essi
« giudicheranno siccome schietto precetto della ra-
« gione certe idee ed opinioni giuridiche solamente
« perchè l'origine delle medesime è a loro nascosta.
« L' inganno di questa seconda specie è quello in
« che più spesso incorrono i civilisti. Laonde egli è
« quello contro cui deve precipuamente premunirsi
« la scienza del diritto civile mediante l'adozione di
« un giusto metodo.

« Sì fatto metodo è lo storico rigoroso. Per esso
« si segue ogni instituto civile fino alle sue radici,
« e si tenta di scoprirne il principio vitale. Codesto
« metodo non ha per intento di arrestare il progresso,
« e meno ancora di suscitare il passato; esso intende
« invece a raccogliere dall'istoria lo spirito vero delle
« instituzioni; e, bene avvisatolo, separare ciò ch'è

« ancora vitale, da ciò ch'è già morto, e più non ap-
« partiene che all'istoria.

« È facile accorgersi che con questo metodo
« non si studia l' istoria, come usavasi in passato,
« soltanto siccome una maestra di esperienza e di
« educazione: ma che invece la si interroga per rinve-
« nirvi il germe delle leggi presenti. Convenne
« pure a questo germe di marcire onde nascessero
« i frutti che soli abbiamo dinanzi agli occhi; ma non
« si riesce a comprendere la natura e l'esistenza del
« frutto se non risalendo dal suo essere alla sua
« formazione, e da questa al suo fondamento. Insino
« a che non sappiamo renderci conto della re-
« lazione che interviene tra l'individuo nostro ed il
« gran tutto del mondo, e la sua istoria, forza è che
« avvisiamo i pensieri nostri sotto una luce falsa di
« generalità ed originalità. Da tale errore non può
« preservarci che il senso storico. Volgerlo contro di
« noi è l'applicazione più ardua che se ne possa fare,
« ma in uno la più vantaggiosa ».

Questa dottrina di Savigny era il contrapposto di-
retto di quella dominante in allora presso i pratici,
che il diritto nasca d'ordinario dalle leggi, cioè
dalle statuizioni della suprema autorità, e che desse
sieno il subbietto della scienza; che perciò il conte-
nuto così della legislazione come della scienza legale
sia variabile ed arbitrario, e che il diritto del domani
possa differire da quello d'oggi; che un codice com-
pleto sia precipuo bisogno d'un popolo; e che solo
allorquando si discopra in esso qualche lacuna, sorga
la dolorosa necessità di supplirvi colla consuetudine.

Ma la dottrina di Savigny era diretta specialmente
a combattere l'opinione professata dai seguaci del *Di-
ritto naturale*, che v' abbia un diritto naturale pra-
tico, od un diritto della ragione, una legislazione i-
deale di tutti i luoghi e di tutti i tempi, la quale fia

d'uopo conoscere una volta onde sostituirla al diritto storico.

Nel primo fervore della controversia Savigny denominò storica la sua dottrina, ed antistorica quella degli avversari (1), con che, com'è naturale, lungi da promuovere la conciliazione, venne inasprita la disputa.

La scuola storica applicò il proprio metodo così allo studio del diritto romano e canonico come a quello del germanico, avvegnachè questi tre diritti componevano la legislazione storica dell'Alemagna. Savigny tuttavia coltivò quasi esclusivamente il primo per due considerazioni. La prima si è che il popolo romano recò da natura sopra ogni popolo un genio speciale per lo sviluppo del diritto, il quale egli perdusse alla perfezione ch'era consentita dal tempo, non essendosi incontrato con ostacoli esterni che glielo impedissero. La seconda è che i suoi giureconsulti seppero estrinsecare il diritto con un senso storico sì squisito, e fondere talmente la teoria colla pratica, che i loro scritti varranno in tutti i tempi e presso di tutti i popoli siccome modello sì di pratica che di scientifica trattazione.

Questo scrittore si volse dapprima alle nuove fonti del diritto antigiustinianeo che avventuratamente si andavano scoprendo (2), le illustrò, ed applicolle alla ricerca delle origini de' civili instituti romani. Scrisse un'istoria del diritto romano, con cui riescì a porre in piena evidenza il fatto che l'uso del diritto giustinianeo non si era mai perduto nell'Occidente (3).

(1) Nel discorso d'introduzione al giornale per la scienza storica del diritto.

(2) Tra le principali vanno annoverate le instituzioni di Cajo che Niebuhr rinvenne quasi complete in Verona nella biblioteca capitolare.

(3) Questa opinione era già stata propugnata da due nostri scrittori, cioè da Donato Antonio d'Asti, e da Guido Grandi.

Lesse e pubblicò parecchie dissertazioni sopra varii punti di diritto romano antico pubblico e privato (1). E molti in veggendolo compreso tanto del genio per l'antichità pensavano ch'egli dovesse naufragare nella micrologia, e perdere di vista lo scopo pratico, che solo può rendere feconda la scienza del diritto. Ma Savigny dissipò questo sospetto uscendo nel 1840 con un' opera (2) destinata a raccogliere con ordine sistematico i frutti di tanti suoi studi sul diritto privato dei Romani, e porgerli ad altri per l'ulteriore elaborazione. Fu nell'introduzione alla medesima che egli, mosso dalla convinzione che il senso storico aveva di già vinto e superato nella scienza del diritto il senso antistorico, proclamò la cessazione della sua scuola, come tale, lusingandosi di terminare per questa abdicazione i dissidii che lo spirito di parte aveva suscitato.

L'indole di quest'opera, (ch'è come il testamento della scuola istorica), l'influenza ch' ebbero Savigny e la sua scuola sullo studio del diritto giustinianeo non si può, per sentimento nostro, distinguerla meglio che instituendo un parallelo tra il metodo di Savigny e quello della scuola francese.

Amendue queste scuole studiando il diritto romano si giovano della filologia e dell'istoria; amendue usano a questo intento gli avanzi del diritto antegiustinianeo. Per tale rispetto esse diversificano dai glossatori e dai prammatici, mentre convengono perfettamente tra loro. Onde se, come hanno comuni i mezzi, la scuola francese e l'istorica avessero comune anche il fine, Savigny ed i suoi seguaci altro non avrebbero fatto che continuare con materiali nuovi l'opera della

(1) Furono raccolte sotto il nome di *Miscellanea*, e pubblicate con aggiunte dell'autore a Berlino, 5 volumi in-8.
(2) Il sistema dell'odierno diritto romano.

scuola francese. E, per quanto pure in ciò fare essi avessero acquistato ragione alla pubblica riconoscenza, nondimeno non potrebbero pretendere al merito di avere iniziato nella nostra scienza un movimento nuovo, come lo annunziò il loro capo, facendosi una scuola a parte. Ma in effetto questa identità d'intenzioni tra le due scuole non sussiste; anzi, per tale riguardo, è distintissima la differenza.

Ed in effetto la scuola francese mira a ritrarre, coi mezzi suaccennati, il più fedelmente possibile quelle civili instituzioni del *corpus juris* che, a suo giudizio, non hanno un carattere puramente romano, che essa ha (come avanti di lei i glossatori) in conto di regole perfette di giustizia universale, ed in cui ravvisa un pregio razionale assoluto. Indi quelle frequenti aspirazioni filosofiche, che, a così esprimerci, appajono qua e colà nelle opere degli scrittori di questa scuola.

La scuola istorica invece, fatta cauta dagli errori della filosofia che la precedette, non si occupa della giustizia generale ed astratta, non risguarda una parte del diritto giustinianeo siccome l'espressione sua, nè lo studia quindi, dirò così, in grazia del pregio filosofico assoluto de'suoi pensieri. Ma ad altri lasciando questa cura, non già negandone la possibilità (ch'è ben altro), essa si ristringe a contemplare la struttura e la forma sua colla veduta storica. Essa accetta l'autorità legislativa ch'ebbe in Europa, e specialmente in Alemagna il diritto romano come un fatto che non puossi più distruggere.

Nè questo avvenimento storico è a'suoi occhi un danno patito dalla giurisprudenza nazionale; ma per contrario essa ravvisa in lui un benefizio segnalato e providenziale. Sì fatto benefizio dipende a suo avviso dal pregio specialissimo che contraddistingue il diritto romano, e che, come accennammo, fa consistere primieramente nel metodo proprio ai giuristi romani

di fondere insieme in guisa mirabile la teoria e la pratica, di perdurre la prima sino alla immediata applicazione, e di nobilitare costantemente la seconda a mezzo della trattazione scientifica; secondamente nello spettacolo oltremodo istruttivo che offre il diritto romano: d' un diritto che va estrinsecandosi grado a grado per virtù naturale, e che perviene, senza mai interrompersi, al suo compimento.

Tutti quanti i lavori di Savigny, compreso il *Sistema dell'odierno diritto romano*, (con cui pure egli intese di volgersi più che altrove alla pratica), si propongono di tradurre in atto questo benefizio; e però nel fine differiscono sostanzialmente dalla scuola francese. Laonde è facile avvisare come nella veduta scientifica di Savigny non stia propriamente racchiuso un sistema filosofico, mentre egli addita l' apparizione storica delle civili instituzioni di Roma, il loro pregio storico ed interno senza salire alla causa prima donde vennero, e però senza dare giudizio di loro universale legittimità. Indi quella critica acuta, ma tutta ermeneutica, scevra di considerazioni filosofiche e pratiche sulla bontà assoluta dei trovati romani, che in Savigny fu tanto censurata da filosofi e da pratici, che non s'accorsero come essi pretendevano da lui ciò che non fu sua intenzione di fare. Egli non si era già proposto di creare un sistema di diritto civile che soddisfacesse alle esigenze della filosofia della storia e della pratica; sibbene d' inculcare che anche nel foggiare la legislazione civile l' uomo non è affatto libero, che la libertà legislativa di un'epoca è sempre condizionata dal diritto preesistente, che da questo fatto dipende quel progresso organico della scienza, che la rende subbietto di storia; e che il trionfo della investigazione storica consiste nel recare a semplice ed immediata contezza, come cosa contemporanea, ciò che si studia. Che, giunti a questo

punto, ma solo allora, si può tenere ragionamento delle instituzioni antiche e maneggiarle con sicurezza; che il tentamento di farlo prima produrrebbe una trattazione superficiale ed un' idea falsa dell' antichità; la quale, per quanto pur si cerchi di ravvivarla colla fantasia, sarà ancora più sterile della riproduzione materiale delle instituzioni passate.

La scuola storica mirò dunque ad ampliare, approfondire e sgombrare il campo allo studio del diritto privato, abbattè colla critica molti errori ereditati per autorità: ella fu intesa ad apparecchiare un avvenire alla scienza, ma non indicollo distintamente. L' opera sua preparatoria, d' introdurre nella trattazione del diritto la veduta storica, e per cui ella assunse, come vedemmo, lo speciale suo nome, era compiuta mediante l'adozione generale del suo indirizzo; e però ella lasciollo. Da quell'epoca in avanti non v' ebbero più nell'Alemagna, come prima, due partiti di giureconsulti sempre alle prese tra loro; rimase soltanto la scienza moderna del diritto meglio impossessata de' materiali trasmessile dal passato. Ma siccome le esigenze e gli scopi della scienza sono per immenso intervallo superiori ad ogni personalità e ad ogni scuola, per quantunque grandi ne sieno i pregi; così vuole ragione che, dopo aver detto delle prerogative della scuola storica, tocchiamo altresì dei suoi mancamenti, contenendoci per altro nei limiti del diritto privato.

Questi mancamenti della scuola storica al cospetto della pratica e della storia risultano dalla natura istessa dei pregi che la contraddistinguono. Rispetto alla pratica le sue mancanze furono messe in rilievo con tanta verità, profondità ed evidenza dal professore Kierulff, ora presidente del tribunale d' appello di Lubecca (1), che da lui attingeremo i più dei pen-

(1) Teoria del diritto civile comune. Altona 1839, vol. I. nell'introduzione.

sieri del nostro discorso. Per rispetto poi alla storia noi rimettiamo i lettori alla critica che ne fa Jhering nella sua introduzione all'opera presente.

Se noi avvisiamo le risultanze dei lavori della scuola di Savigny nella giurisprudenza, e consideriamo quanto incremento questa ne riportasse, ci è pur forza di confessare ch' egli fu assai scarso, per non dire pressochè nullo. Quand' anche di ciò si debba attribuire in parte la causa alla svogliatezza dei pratici per la giurisprudenza scientifica; conviene tuttavia ascriverlo più ancora alla sproporzione che corre tra il metodo di Savigny ed i bisogni attuali della giurisprudenza. Savigny (1) incamminò la revisione critica del materiale storico e letterario ad essa trasmesso dalle età passate, separò il vero dal falso, abolì il vano dommatizzare, surrogò l'autorità degli argomenti a quella dei nomi. Ma, benchè tutto ciò torni giovevolissimo per mettere la giurisprudenza sulla via scientifica, non basta tuttavia a porre rimedio ad un inconveniente gravissimo che s'incontra nel trattarla; e desso è la copia stragrande di massime sminuzzate che v' han nella nostra scienza, e per cui torna tanto difficile introdurre in essa una unità scientifica. A ciò è uopo di un metodo, che la scuola storica non somministra. Il suo sistema analitico, foggiato su quello dei giureconsulti romani, ch'essa propone ad imitare, benchè ottimo per discoprire le radici degli instituti, non può prestare questo ufficio, onde la giurisprudenza ha sì urgente

(1) Specialmente nell'opera *Il sistema dell' odierno diritto romano*, di cui, premessa la parte generale in otto volumi (che concerne le fonti, le persone, la natura, l'origine e la cessazione dei rapporti giuridici, le azioni, le eccezioni, la contestazione della lite, la sentenza, la confessione ed il giuramento, la restituzione in intero, il conflitto locale e temporale delle leggi) incominciò la parte speciale delle obbligazioni, onde insino al presente pubblicò due volumi.

bisogno. E per verità, l'attuale cómpito d'una teoria del diritto civile è per diritto l'opposto di quello che dovette eseguire la giurisprudenza romana. Non era stata a quest'ultima trasmessa una dottrina particolareggiata, un vasto *corpus juris* quali noi li abbiamo. Alcuni principii legali semplici erano il subbietto dei suoi studi, da cui, elaborandoli, ella trasse alla luce la ricchezza recondita che contenevano. Indi ella cavò dall' origine colla interpretazione i molteplici precetti del diritto: e di là vengono quella spontaneità e quella giovanile freschezza, che spirano dai frammenti dei giuristi romani, e la attrattiva irresistibile che essi dispiegano sopra di noi. La romana giurisprudenza è meravigliosa per la sicurezza onde scioglie i dubbi, e per la precisione con che ferisce quanto può servire all'uso pratico. Ella però non distingue la ragione del decidere che nella forma specifica d'un caso. Era dessa provveduta di principii, onde interpretava la contenenza; ma siffatti principii se li era appropriati soltanto per una certa tattica legale, pel senso dell'animo, senza apprenderne e serbarne fermo il concetto. Non vennele quindi fatto di separarli con perspicuità e sicurezza dalle sue conseguenze. La giurisprudenza romana grandeggia per la perizia rara, con cui seppe specificare il diritto nella guisa proporzionata ai bisogni pratici della età sua; ma non può per altro aspirare al vanto di avere compreso scientificamente il diritto.

Alla giurisprudenza attuale sta per contrario dinanzi un *corpus juris*, in cui abbiamo raccolti quei modelli romani, che divennero la scuola dell' educazione legale di quasi tutta la colta Europa, e che possono e debbono permanerla. Essa non può far prova di originalità che con organare questa massa, vincendo collo spirito la moltiplicità dei precetti giuridici esistenti, estraendo da tale congerie infinita

con energia e sicurezza i principii sommi da cui dipendono, indicandone con chiarezza e distinzione la sostanza, e spiegandone coll'intelletto tutti i particolari a guisa di corollarii. Laonde la teoria legale odierna non ha, a simiglianza della romana, per intento di creare la materia del diritto; sibbene di mostrare a mezzo dell'interpretazione dei suddetti principii sommi, primitivi, le fila che congiungono le statuizioni particolareggiate coi principii e coi dommi pratici fondamentali. Questa teoria debbe subordinare e disporre intorno al principio indipendente la massa dei precetti giuridici; i quali con ciò cessano di essere massa, perchè ogni particella viene coordinata al suo centro. È di questo genere la semplificazione spirituale del diritto di che oggidì si può richiedere la teoria: ella riesce nella unificazione organica delle innumerevoli disposizioni particolari del diritto. Trattasi, in breve, di compendiare la ricchezza del nostro materiale giuridico in forme che, per la semplicità e l'evidenza, si rassomiglino alle leggi su cui operavano i giureconsulti romani, e di apparecchiare con ciò il campo alle future legislazioni civili, onde non arrestino il movimento scientifico, come pur troppo accadde in quelle fatte insino al presente.

Ed in effetto, a vece di ristringersi ad inchiudere nei Codici le regole semplici e somme universalmente riconosciute, donde deve escire tutto il diritto pratico, e di abbandonare alla giurisprudenza la cura di dedurre da loro i precetti particolareggiati, si volle entrare nel tritume. Con questo il legislatore si attribuì l' ufficio di giureconsulto, e quindi incorse egual sorte della ordinaria giurisprudenza, cioè di cadere in inconseguenze ed errori. Con ciò egli scemò la propria dignità, impedì il libero moto della teoria, cui impose l' ufficio poco decoroso di combinare i suoi diversi precetti, e svelare le contraddi-

zioni e le lacune di sua fattura. A correggere le indeterminatezze, gli errori, i mancamenti che vi si discoprivano giornalmente, gli fu d'uopo emanare gran numero di spiegazioni, rescritti, ec. d'ogni maniera. E per questa via il legislatore stesso ritornò il diritto a quella indeterminatezza od oscurità che, compilando il codice, aveva avuto in animo di togliere.

Tali inconvenienti non interverranno (a parere del signor Kierulff) ai futuri legislatori ov' essi si imprimano nell' animo il principio verissimo propugnato dalla scuola storica: *che le sole leggi non sono sufficienti a togliere le mancanze che si manifestano nel diritto pratico;* ma ch'è mestieri a ciò d'una legislazione, la quale si contenga nei proprii limiti, assistitita da una teoria o giurisprudenza robusta ed ingegnosa. Così operando i legislatori si proporranno un'opera bensì minore quanto all'estensione, ma ben più grande quanto all'intensità; quale si è quella di porgere alla giurisprudenza la materia conveniente alle condizioni di un determinato popolo, di sgomberarle il terreno affinchè si sviluppi nella guisa a lei propria con energia e libertà, e faccia possibile una pratica profonda ed indipendente.

Ma tale discernimento e distinzione nel *corpus juris* di ciò ch'è principio, materia legislatoria, da ciò ch' è conseguenza e spetta alla dottrina, ch' è pure indispensabile così per la compilazione di buoni codici, come per avvisare le imperfezioni di quelli già fatti, nonchè finalmente all' intento di creare una giurisprudenza scientifica, non venne per fermo intrapreso dalla scuola storica. Avversa alla codificazione, ella pose tutto il suo studio a connaturarsi il metodo dei giuristi romani; nè, all'infuori della meditazione delle fonti, seppe scorgere altro mezzo da far progredire il diritto. Dominata da questo pensiero esclusivo, ella produsse una dottrina del diritto che alta-

lena tra la teoria del diritto civile e l' istoria; in modo che, solo dopo lungo riflettere, si può riescire ad avvisarvi i rapporti reali e pratici della vita.

Compiuto così il discorso sui mancamenti dei lavori dommatici della scuola storica, ora ci toccherebbe trattare di quelli che hanno per subbietto la storia, cioè le successive trasformazioni del diritto romano. Ma la critica che il professore Jhering ha instituito sul metodo tenuto insino ad oggi nel comporre la storia del diritto, ed il nuovo ch' egli propone in sua vece nella introduzione al presente lavoro, ci sollevano dall' incarico. Molte idee vaste, profonde ed originali che la caratterizzano, fecero tanto colpo sull' animo nostro che noi la raccomandiamo caldamente alla seria attenzione dei lettori. Essa svelerà loro la ragione della presente opera ed il nesso strettissimo che congiunge il concetto suo collo stato cui attinse al presente lo studio storico e dommatico del diritto romano.

E ritrarranno pure dalla medesima (1) come l'autore si abbia proposto d' instituire una critica universale del diritto romano considerandolo sotto d'un triplice aspetto, cioè: primo, in sè proprio; secondo, in attinenza al diritto storico universale; terzo, all'uso legislativo che può farsene in presente.

Questi tre aspetti, sotto cui Jhering si è prefisso esaminare il diritto romano, hanno fra sè tale rispondenza, che uno serve di passaggio all' altro; ed nsieme congiunti compongono quella critica universale del diritto romano, per cui le diverse scuole, che mano mano propagarono i confini dello studio di esso, vennero accumulando il materiale. Per questa via, da tenui principii, cioè dalla dichiarazione degli speciali precetti di quel diritto, si pervenne a

(1) § I.

riconoscervi un corpo organizzato, ed in questo un membro del corpo universale del diritto umano.

La cagione prossima, per cui l'autore ebbe ad intraprendere questa triplice critica del diritto, fu la compilazione di un Codice civile proprio, che sta facendosi nell'Assia-Darmstadt, il quale dovrà venire surrogato al diritto romano, con cui pur di presente si regge la più gran parte di quella contrada (1). L'autore ebbe in animo di porgere con ciò ai legislatori degli utili ammaestramenti, affinchè, nel recare ad effetto la loro opera, essi facciano il debito conto di quel diritto.

Dalla introduzione i lettori rileveranno altresì i motivi onde Jhering stimò opportuno di trattare ogni parte di questa sua critica in un'opera distinta.

Conforme a tale divisamento l' autore incomincia a considerare il diritto romano in sè proprio, e a disvelarne lo *spirito* investigando i supremi principj, le nozioni prime dond'egli si è svolto nelle tre diverse sue età; alle quali corrisponde il diritto che in Roma precedette il romano, il romano nazionale, e questo mutato in cosmopolitico.

Nel volume presente, che riguarda quasi soltanto la prima età del diritto romano, l'autore dovette di necessità supplire con delle ipotesi al mancamento di prove dirette. Se non che le ipotesi che esso accoglie non sono figlie d' idee sue preconcette, ma più presto ricostruzioni ch'egli fa dell'organismo legale più antico sul disegno che ci lasciano supporre gli avanzi

(1) La formano le due provincie che sono di qua del Reno: invece nella provincia transrenana vige il Codice Napoleone. Però, com'è da supporre, le leggi romane non vi regolano tutte le materie del diritto privato. V' hanno leggi particolari sul matrimonio, sul pegno, sull'eredità; e la parte in cui, tolte poche modificazioni (verbigrazia sul S. C. Vellejanum, sulla lex Anastasiana) il diritto romano si conserva tuttavia intatto, sono le obbligazioni.

suoi che giunsero insino a noi, a similitudine di quanto adoperò Cuvier nelle scienze naturali.

Codesti avanzi Jhering li cercò e li rinvenne nel diritto antigiustinianeo e nelle lingue. Quanto al primo, più ancora della notizia profonda ch'egli ne dimostra, fece grande impressione su di noi l'uso ingegnosissimo, e nondimeno ben temperato nel conchiudere, ch'egli seppe fare dei vecchi instituti romani, come, esempligrazia, della *contestazione della lite*, del *precarium*, del *peculium*, del *Sacer*, del *fas*, della *legis actio Sacramento.*

Per quello poi che s'appartiene alle induzioni sul diritto più antico ch'egli cavò dalle lingue, di loro sodezza ci è garante il giudizio favorevolissimo datone da persona affatto competente, qual'è il sig. Lodovico Lange professore di filologia a Gottinga, in una critica di questo medesimo lavoro fatta pubblica in un giornale scientifico. Al che andiamo ben lieti di poter soggiungere che l'autore si compiacque, non solo di metterci in grado di riformare nella traduzione nostra tutti quei punti, in cui, per questa od altre critiche esso fu convinto di aver meno giustamente opinato, ma ben anco di inviarci delle aggiunte non mai per l'innanzi pubblicate (1), affinchè questa prima parte del suo lavoro si presentasse nel miglior assetto davanti all'Italia, ove seguirono i fatti ch'egli procacciò di svelare, e di cui egli attende curiosamente il giudizio.

La seconda parte dell'opera, che in breve vedrà la luce a Lipsia, contemplerà il diritto romano proprio, nazionale. E come da un lato il subbietto suo è il centro del presente lavoro, e dall'altro sappiamo che l'egregio A. lo ha svolto con ispecialissima cura, e

(1) Le aggiunte ed i cangiamenti a piedi di pagina li abbiamo notati con asterisco.

con riguardo a tutte le instituzioni sociali che hanno attinenza col diritto privato; così non dubitiamo che il fatto sarà per rispondere a quell' espettazione che non può a meno di nascerne in chi legge i capi XIV e XV del presente volume, che servono alla medesima d' introduzione.

Possa a questa nostra fatica incontrare tale accoglienza, che non ci sconforti dal proseguire un' impresa, a cui ci siamo principalmente sobbarcati colla vista di trapiantare in Italia un'opera, che per novità, spirito ed ampiezza d' idee ci parve meglio di ogni altra appropriata a servire d' incitamento a pensare.

Nè vogliamo chiudere questa prefazione senza dar ragione del modo da noi seguìto nel tradurre. La medesimezza dei pensieri dell' autore collo stile che egli ha adoperato, ci rendeva impossibile una traduzione che fosse ad un'ora imagine fedele dell' originale, e consentanea in tutto all' indole di nostra lingua. Per questo trovammo spediente di seguire una via di mezzo, cioè di non discostarci dall' autore, anche nello stile, che quando e quanto ci parve fosse assolutamente indispensabile perchè la locuzione serbasse un andamento generale italiano. Laonde questa versione debbe, per sentimento nostro, riprodurre con fedeltà, e, per quanto è possibile, *italianamente* l'opera originale; e quindi ritrarre della medesima i pregi ed i difetti. Questi però dispajono quasi verso la perspicuità e la vivezza dello stile che contraddistinguono per consueto questo libro; tanto più quando si rifletta ch'esso fu composto parte a parte sotto il peso di lunghissime meditazioni (1).

Il Traduttore.

Milano, ottobre 1854.

(1) Credemmo di fare cosa utile ai lettori voltando in italiano i titoli delle opere, per lo più tedesche, che l'autore allega, parendoci che la designazione del luogo ove uscirono bastasse a farne conoscere la lingua originale.

INTRODUZIONE

Il Problema, ed il Metodo onde risolverlo.

§ 1.

L'avveniro del diritto romano. — Occasione per farne giudizio.

Sorgono di tempo in tempo in ogni disciplina certe quistioni e tendenze, che, a cagione della profonda influenza che esercitano sulla vita reale, provocano eziandio l'interesse degli uomini colti a quella profani; e pel cui esito la disposizione di siffatto pubblico ha efficacia più ancora del processo scientifico che esse debbono sostenere. Anche la giurisprudenza, subbietto che un tempo attraeva appena l'attenzione di chi non era legista, fece tale esperimento in alcuna delle sue quistioni; e la materia dell'opera presente, *il diritto romano*, vuolsi annoverare tra queste. — Lo slancio che venne comunicato al sentimento nazionale dalle così dette guerre della libertà trasse necessariamente l'attenzione del maggior numero sopra di questo elemento forastiero di nostra vita giuridica, e dubbio non poteva essere l'animo con cui riguardossi. Non occorreva l'autorità di giuristi celebri, che pronunciarono la condanna del diritto romano motivandone le pecche. Il semplice fatto che un codice nato, da più di mille anni, presso d'un popolo straniero valeva di regola dell'odierno commercio giuridico,

sembrava tanto contrario e offensivo del principio di nazionalità, che ogni persona colta, anche senza l'appoggio dei giuristi, doveva sentirsi inclinata a condannare questo stato di cose, ed a chiederne l'abolizione. Però la tendenza scientifica, che mirava a combattere e discacciare il diritto romano godeva *a priori* delle simpatie del pubblico, e doveva quindi guadagnare terreno ogni giorno. Era dessa opportuna, avendo per alleato il gran pensiero dell'epoca nostra, il pensiero *della nazionalità*. Il grande ascendente che ha tale principio tanto sui dotti quanto sul volgo assicura questa tendenza scientifica della vittoria. Quindi i giuristi della generazione presente debbono tenersi preparati a vedere rimosso il diritto romano nell'attuale sua forma. Toccò certamente ad essi il cómpito di incamminare questo avvenimento, e per avventura eziandio quello di consumarlo.

Ma l'espulsione del diritto romano da noi antiveduta risguarda piuttosto la sua forma, che non il suo contenuto. Il diritto romano perderà bensì da noi il suo vigore siccome codice, ma continuerà a somministrarci (come il fa dovunque vigeva un tempo e fu abolito) una parte importante del materiale, con che costruiremo il novello edificio del nostro diritto. Così assai gran numero di principj romani del diritto (quantunque sotto mutate spoglie) sopravviveranno.

Non v'ha infatti persona intelligente, che li abbia per roba infetta, cui il nostro organismo giuridico debba espellere per risanare. Non vuolsi espungere, per morboso stimolo del sentimento nazionale, ogni particella del diritto romano, e solo perchè è d'origine romana, siccome elemento incompatibile colla natura nostra.

In quella maniera che le nazioni permutano in commercio i prodotti e le industrie loro, ha pur luogo tra di esse un commercio spirituale; ciascheduna piglia alla giornata dall'altra nell'arte, nella scienza, nel diritto, ecc., senza temere di pregiudicare con ciò alla propria nazionalità. Solo non vuolsi attingere meccanicamente, ma assimilare e farsi succo di ciò che s'attinge.

Essendo il diritto romano un codice steso in lingua straniera, egli non potè subire mai tale processo assimilativo; quindi conviene lo si rigetti. Ma per contrario gran numero de' suoi principj materiali divennero, col lungo volgere di secoli, porzione nostra, nè siffatto processo formativo si può più distruggere od ignorare.

Dovremo noi quindi rifiutare e conservare in parte. Ma per non trascorrere in eccesso od in difetto, o da un lato o dall'altro, è indispensabile un attento esame del materiale. Per questa separazione occorre in certo modo di fare il bilancio del diritto romano. Che fu sin qui per noi il diritto romano? Che può e deve essere per l'avvenire? Quali sono i mezzi onde dispone, e che mette a disposizione nostra? ecc. Queste sono domande che dovremo aver chiarite il giorno di chiudere la partita.

Un giudicio compiuto sul diritto romano dovrebbe considerarlo da tre lati o punti di veduta: dallo storico particolare, dallo storico universale e dal legislativo. Sotto del primo punto di veduta lo si considera assolutamente, cioè come un tutto a sè: sotto degli altri due relativamente; cioè, nel secondo, in relazione allo sviluppo del diritto nell'istoria del genere umano, e nel terzo, in relazione ai bisogni ed agli scopi legislativi dell'epoca presente. Nel primo punto di veduta si converrebbe investigare l'essenza del diritto romano, la sua entità individuale; nel secondo si dovrebbe rispondere alla inchiesta: quale progresso fece l' istoria universale del diritto a mezzo del diritto romano, e quale influenza ha esso esercitato sul mondo moderno? Nel terzo finalmente dovrebbesi riguardare l'uso legislativo che può farsi di questo diritto.

Ora è mia intenzione di tentare una dopo l'altra la risposta a questa triplice interrogazione. L' opera presente, che tratta della prima, mi apparecchia il terreno per le altre due. Avrei quindi potuto pubblicarla siccome prima parte di una critica del diritto romano. Ma essa è d'altronde, pel suo intento, indipendente dalle altre, e forma un tutto a sè. E non so poscia se e quando potrò pubblicare le altre due parti. Ho impertanto preferito di trattarle, e di pubblicarle ciascheduna come opera facente da sè. Adunque d'ora in avanti mi occuperò soltanto della prima domanda, cioè dei caratteri speciali del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo.

E mia intenzione di trattare questo tema in modo intelligibile anche alle colte persone non legali. Mentre se (ripigliando la suaccennata osservazione) la quistione sull' esistenza del diritto romano è tratta dinanzi al pubblico, se essa giustamente interessa tutte le colte persone, parmi sia anche debito della scienza, tanto verso sè stessa, quanto verso i suoi tempi, di venire

incontro a questo interessamento, e di porgere occasione ai non legisti di formarsi un giudizio adeguato del diritto romano. Di già qualche colta persona non legale avrà sentito il bisogno di erudirsi d'un diritto, che per le sue sorti maravigliose, e per la sua straordinaria importanza pel mondo moderno, va annoverato tra le più prominenti apparizioni storiche, d' un diritto onde i rapporti pratici col presente gli si offrono così spesso ed arcanamente, senzachè egli senta l'inclinazione, od abbia l' agio di correre all'uopo il lungo tirocinio della scuola. Non voglio tener conto del bisogno speciale che hanno lo storico, il filologo, il filosofo, di farsi un' idea ed un giudizio intorno al diritto romano.

Laonde elaborando quest'opera io posi la mira ai bisogni di questo pubblico, senza che io metta a troppo rigida prova la compartecipazione dei miei consorti di studio. Al contrario accanto all'essenziale midollo dell'opera, intendevole ad ogni uomo colto, avranno posto delle discussioni particolareggiate, che o non interessano tutti, o che tutti non potranno comprendere senza il sussidio d'un giurista.

Questo accomodare il lavoro a due classi di lettori parrà ineseguibile a qualcheduno. In ogni modo, dirassi, in ciò ch' è appena sufficiente per una classe, havvi di troppo per l'altra, od in ciò ch'è sufficiente ad una havvi mancamento per l'altra. Tale inconveniente non è che d'apparenza. Per me reputo al contrario, che il riguardo a queste due classi di lettori sia di grande utile nelle materie scientifiche che s'adattano alla sposizione volgare, e questa è, a mio avviso, del numero. Il riguardo ai non legisti obbliga alla chiarezza, il riguardo al dotto di quella ragione impedisce che la chiarezza degeneri in trivialità ed inezie, o che lo scrittore si dispensi d'addurre le prove di ciò che afferma. La scienza non può che guadagnare dal tentativo di esporla al profano spregiudicato; perciocchè il far ciò obbliga a dismettere per esso termini ed idee tradizionali, a lasciare che si sfasci l'armatura scientifica, che non di rado impedisce la vista, e ad estrarre ed esporre il midollo della scienza senza l'apparato del linguaggio scolastico.

§ 2.

Bisogno di sciogliere il nostro problema. — La scienza nostra d'oggidì, e suo apparecchio scientifico.

Ma il nostro quisito attende realmente ancora la soluzione? non dovrebbe aspettarsi invece che l'abbia avuta da gran pezza mercè la gran copia di forze mentali, onde per secoli il diritto romano dispose? In ogni età si ripeterono gli attacchi contro di questo diritto, in tutti i tempi si procurò di ribatterli additando l'alto suo pregio. In che adunque è questo riposto? Quale oggetto più gradito avrebbe potuto rinvenire l'ammirazione che si tributò a questo diritto, di quello di porre in rilievo i lati splendidi del medesimo, e con qual altro mezzo più efficace di questo si poteva imporre silenzio ai suoi avversari? Ma codesta aspettativa vien delusa dalla letteratura nostra, e in luogo d'una critica viscerale del diritto romano, essa non ci offre che delle sentenze generali incidentali sulla sua eccellenza, sull'acume eminente, ed il tatto pratico dei romani giureconsulti, ecc. Dell'incenso se ne abbruciò abbastanza dinanzi al diritto romano, e lo circonda, se lice dirlo, una atmosfera risplendente, attraverso a cui deve penetrare l'indòtto onde avvicinarvisi. Ma poichè ci lasciossela addietro, poichè l'oggetto gli appare nella sua nudità, sottentragli un amaro disinganno, e più non comprende in che consista la tanto vantata grandezza. Per verità, dopo un lungo occuparsene questa si manifesta, ma più presto al sentimento che non alla mente. Accade in ciò come nella seduzione esercitata da certi individui; la si sente senza sapere donde realmente dipenda. Per siffatto modo anche il diritto romano esercitò la massima forza d'attrazione sopra centinaja e centinaja de' suoi discepoli. V'era in loro tutti il sentimento della sua grandezza, che spesso degenerava in fanatica cecità; ma essi non posero mente alla giustificazione scientifica di questo sentimento. S'appagavano di studiare le minutezze più riposte dell'oggetto, ed allorquando trattavasi di darne un giudizio gli rilasciavano un attestato d'elogio in termini i più generali. E pur dovendo darne un giudizio, onde collocare la grandezza del diritto romano nel suo giusto lume anche per l'indòtto, e chiudere la bocca allo

scettico, s'appigliavano al partito di lasciar parlare i fatti, s' appellavano all'istoria, la quale rilasciò il miglior attestato al diritto romano. Infatti, lorquando il popolo cui apparteneva era da lungo tempo scomparso dalla scena, allorchè col volgere dei secoli un mondo nuovo era sorto sui ruderi di Roma, si agitò di sotto a questi il diritto di quel popolo, e si riscosse dal letargo in che da tanto tempo giaceva immerso. E quando risorse con sue fattezze forastiere e stravolte, lento, e simile a decrepito, chi avrebbe mai detto che le floride e robuste figure dei popoli giovani, a cui apparteneva il mondo, si sarebbero inchinate a questo straniero, e lo avrebbero accolto in lor casa; e da precettore fatto loro padrone se ne sarebbero lasciato imporre le leggi? Quando sappiasi con quanto forti vincoli, con quante migliaja di fila ogni diritto sia appigliato al popolo di sua patria; quando si rifletta alla resistenza che il sentimento nazionale, e la vita, cogli innumerevoli suoi mezzi ed interessi, oppongono all'introduzione d'un diritto straniero, si potrà misurare la forza gigantesca, che convien ch'esistesse nel diritto romano, per vincere tanta resistenza, ed assoggettare al proprio giogo popoli di lingua e di costumi diversi.

Da tale apoteosi del diritto romano esce irrefragabile la sua grandezza. Nulla è quindi più agevole del provarla. Ma se vogliasi procedere innanzi, se chiedesi: su di che questa grandezza la si fondi, in che consista il vantaggio del diritto romano su degli altri, allora anche i più profondi conoscitori del medesimo non ci danno risposte soddisfacenti. Si encomia l' acutezza e la conseguenza dei giuristi romani; ma con ciò nulla è detto. Eguale qualità, in grado non minore, ed anzi forse più sottile, s'incontra nella giurisprudenza talmudica (1), e nella casistica morale e giuridica dei gesuiti (2). Eppure, quanto sono entrambe inferiori al diritto romano? Per quanti pregi si annoverino nei giuristi romani, tutti convengono nella unica conclusione, ch' essi erano grandi maestri. Ma chi voglia dimostrare il come, ed il perchè un' opera è un capo-lavoro, non sceglierà la via di provare, che l'autore possedeva tutte le qualità atte a produrre que-

(1) Si paragoni, a modo d'esempio, il *Schulchan Aruch*, onde nel 1858 escì ad Amburgo una traduzione abbreviata.

(2) Nominatamente nella dottrina sul giuramento e sul matrimonio.

sto capo lavoro, ma s'atterrà all'opera e ne porrà in rilievo ogni pregio particolare.

Sorprende quindi grandemente la scarsità di genio per tale critica materiale del diritto romano palesata dalla nostra letteratura. Non si tentò mai di giudicare il diritto romano in generale e nel suo insieme; nè tal maniera critica di considerarlo s' usa nemmeno nell' elaborazione delle monografie. Si sta paghi di esporre, al possibile schiettamente, il diritto romano, e sì si affatica, potrei dire, alla giornata a migliorare novellamente l'estratto degli atti, senza riflettere che conviene che lo accompagni la sentenza coi motivi. In che è riposta la cagione di tanta trascuraggine? Si reputa forse così agevole questo giudizio, che non convenga alla letteratura d' intrattenersene, e che la soluzione riesca più presto da sè? Grande errore sarebbe questo; converrebbe ignorare affatto l'importanza e l'ampiezza d' un sì fatto problema. Ovvero è la nostra giurisprudenza, nella sua propensione alla pratica, indifferente a tutte le domande, che non si riportano direttamente all'applicazione del diritto? Non è nemmen questo, come ne fa prova convincentissima lo zelo con che si coltiva l' istoria del diritto romano.

No, non arrossiamo di proferire il rimprovero: la cagione di quella trascuraggine non è la mancanza di volontà, ma l' impotenza. Per una vera critica del diritto romano, pella ricerca della sua essenza intima, e de' suoi ultimi fondamenti, mancano alla nostra giurisprudenza tanto la capacità soggettiva, quanto l'apparecchio scientifico oggettivo. La qualità della materia, a cui è rivolta tutta quanta la sua attività la costringe ad osservarlo più che si può da vicino, e quasi colla lente. Codesta attitudine sua l' ha sviluppata tanto coll'esercizio; il suo apparecchio scientifico, le sue lenti, ed i suoi microscopi sono sì finamente lavorati, che essa può, in certa maniera, distinguere la circolazione del sangue nel più piccolo ed insignificante passo delle Pandette, e di Gajo. Ma quanto tali osservazioni microscopiche occupano da un canto l'occhio, scemano dall'altro altrettanto la visiva lontana, e fanno sorgere una avversione a collocarsi ai punti di veduta più remoti. Non rende egli ciò ragione del come qualcheduno, che da vicino vede un granello di sabbia, non ravvisa nei punti di veduta più generali che sfumati contorni, che bolle di sapone, con cui solo ingegni superficiali possano dilettarsi? Ciò che noi

imprendemmo a fare per contrario richiede che si proceda con punti di veduta affatto generali, che s'osservi da lunge. Per giudicare il diritto romano non si può appigliarsi alle sue disposizioni sgranate, ma conviene concepirlo ne' suoi principj; si è quindi costretti ad astrarre continuamente. A vece della lente è d'uopo usare (s'è concesso il paragone) il telescopio; cioè, in luogo della critica, che versa sulla forma di trasmissione del diritto romano, sui manoscritti, sulle varianti, ecc., è d'uopo d'una critica del diritto in genere, d'una dottrina naturale generale del medesimo. Chi vuol misurare ha d'uopo del metro, ed il metro, onde formar giudizio d'un diritto particolare, non può somministrarcelo che la dottrina sulla natura e sulla forma sotto di che il diritto manifestossi. Ma quanta non è la scarsità d'istromenti di questa dottrina, quanto non è tenue il fondo di concetti, di vedute, e di punti di veduta che l'odierna giurisprudenza ci porge a simile intento! Codesta mancanza mi riesci assai sensibile nel mio lavoro. A quante apparizioni non passai vicino senza nulla raccogliere, benchè portassi certezza che esse contenevano un succo vitale, cui a spremere non altro occorreva che un allargamento della sintesi filosofica giuridica. Avviene nella scienza ciò che quotidianamente succede nella vita; noi passiamo spensieratamente dinanzi ad alcuni fatti rimarchevoli, e, se alcuno ce ne rende avvertiti, ci riesce incomprensibile la nostra svista anteriore. Di tal modo parrà eziandio inesplicabile ai venturi, che l'attuale nostra giurisprudenza, che sì profondamente conosce il diritto romano, possedesse tanto poca attitudine ad osservarne le proprietà caratteristiche, e che a noi restasse ignorato ciò che, non guari dopo (rinvenuto che s'abbia il concetto opportuno) sarà percettibile ad un occhio debole. Nella mia intrapresa m'incolse spessissimo il sentimento di chi fissa il cielo stellato. I risultamenti della mia osservazione rinforzano quotidianamente in me la convinzione, che qui si disserra davanti allo spirito indagatore un campo incommensurabile di scoperte. Ma ad ogni piè sospinto m'arresta, per rimanere nella metafora, il meschino apparato della specola, e mi persuade che conviene accrescerlo e perfezionarlo, onde si moltiplichino le scoperte. *A misura che la dottrina generale del diritto naturale si perfezionerà sul campo filosofico-giuridico, ed empirico-comparato, e s'arricchirà di nuove idee, e di nuovi punti di veduta, crescerà eziandio la penetrazione*

nella essenza vera del diritto romano. Ma sì fatta dottrina del diritto naturale è oggigiorno ancora nell'infanzia. Questo scritto, oltre lo scopo suo precipuo, mira altresì a contribuire un nonnulla al suo ampliamento; a fissare, nell' occasione di dar giudizio di un diritto particolare, dei punti di veduta, che, attinti essendo all'essenza del diritto in genere, reclamano a buon diritto un posto tra le verità generali. Dovendoli io adoperare all' intento mio, mi converrà di discuterne distintamente le fondamenta, ma non mi permetterò di dar loro sviluppo maggiore, di quello che richieda la meta che m' ho prefissa.

Ma i paragrafi prossimi pajono contraddire tosto a tale promessa. Essi infatti tracciano il metodo dell'esposizione storica del diritto; e che il còmpito nostro sia d' indole storico-giuridica si appalesa da questo che giudicar non si può del diritto romano senza penetrarne l' istoria. Dallo stabilimento del metodo meglio che da ogni altro mezzo verrà dimostrato di quanto il problema nostro differisca dalla storia del diritto romano. In divisare tal metodo, io muovo dal postulato, che ogni esposizione del diritto conviene corrisponda alla doppia nozione della istoria e del diritto. Sì fatto principio è tant' ovvio, che sembrerebbe doversi attendere che nessun istorico del diritto lo abbia dimenticato giammai. Ma quante esposizioni della istoria del diritto romano non testimoniano il contrario? quantó grande non è il numero di quelle che non contengono nè un' istoria, nè un' istoria del diritto, ma bensì una raccolta di materiale storico giuridico ordinata per epoche e per materia, un inventario della storia del diritto romano. L'esposizione che seguita additerà i vizi fondamentali del sistema dominante. Avendo esso gettato profondissime le radici, non bastava ch'io il confutassi col fatto, ma a tale confutazione bisognava premettere l'erezione di quel metodo che, a mio avviso, era giusto. Non potea ciò farsi, che a mezzo dello sviluppo coerente dei corollari, che, per lo storico del diritto, distillano dal doppio concetto dell'istoria e del diritto. Ma però lo scopo nostro non ci consente di ingolfarci nell' analisi filosofica di queste due idee, ma solo di partire da verità inconcusse e di accontentarci di risultati semplici. Se non che è a tutti noto, che le verità più semplici vengono bene spesso trasandate, e non applicate; ed anche qui s'avvera codesto adagio antico.

Metodo della esposizione storica del diritto.

Requisiti voluti dalla natura del diritto.

§ 3.

1. Considerazione anatomica dell'organismo del diritto. — Parti onde si compone: disposizioni del diritto, concetti, definizioni ed instituzioni giuridiche. — Organamento psichico del diritto. — Differenza tra il diritto oggettivo e la cognizione soggettiva del medesimo (parti componenti latenti). — Meta della scienza.

Noi pigliamo le mosse dal modo, in oggi dominante, di figurare il diritto a guisa d' un organismo oggettivo della libertà umana. Non si disputa più adesso, come si faceva una volta, se il diritto sia un esterno aggregato di disposizioni arbitrarie, originate dalla riflessione del legislatore, ovvero, a modo della lingua, un interno e coerente prodotto d'un popolo. Le vedute ed il calcolo dell'uomo concorrono senza dubbio a formarlo, ma entrambi rinvengono più che non creino, mentre i rapporti, su di che fondasi la vita dell'umana specie, non aspetta da essi la formazione ed il nascimento. Le necessità della vita diedero l'origine al diritto coi suoi instituti, e lo conservano perennemente in incessante attività. Qualunque riflessione ed arbitrio legislativo s'imbatte sempre nella forma che l'istinto del popolo ed il suo modo di esistenza impressero al diritto. Si annichilirebbe se si attentasse di distruggerla. La storia della formazione del diritto scorre in continua dipendenza dal carattere, dal grado di cultura, dai rapporti materiali, dalle sorti del popolo, e per rispetto a queste potenti forze storiche che la reggono, la cooperazione del criterio umano, se far volesse da creatore anzichè d'istromento, nulla otterrebbe.

La creazione reale oggettiva del diritto, quale ci si manifesta nella qualità, e nel movimento della vita e del commercio, si può ravvisarla siccome un organismo; ed a tale immagine dell'organismo noi rivolgeremo tutta quanta la nostra attenzione. Con adottare questa immagine, noi ascriviamo al diritto gli attributi di un prodotto naturale, e quindi l'unità nella moltiplicità,

l'individualità, l'aumento per forza interna, ecc. Questo parallelo, questa appellazione: *organico, naturalmente crescente*, ecc., è oggigiorno di moda, ma non di rado essa è una splendida insegna, dietro di cui si cela un modo di trattazione affatto meccanico, una professione di fede in parole emessa nel primo paragrafo, onde poterla in seguito abjurare col fatto.

Ogni organismo richiede una doppia ispezione, anatomica e fisiologica; quella ha per oggetto le parti che lo compongono e le loro relazioni vicendevoli, e quindi la sua struttura, questa contempla invece le funzioni del medesimo.

Vogliamo impertanto considerare il diritto sotto di questo duplice aspetto, e trattare anzitutto nel presente paragrafo della sua struttura.

L'organismo del diritto, come qualsivoglia altro organismo, consta di parti diverse. Ma quanto più nobile e dilicata è la tessitura delle parti d'un organismo, quanto esse giacciono più sotto della superficie, tanto più tardi l'uomo le conosce; e ciò vale pur del diritto. Presso d'ogni popolo la cognizione dell' organamento del diritto dovette percorrere una grande scala, salendo dall'esteriore all'interiore. Frutto di questa attività applicata alla conoscenza del diritto è la manifestazione di ciò che si pervenne a conoscere; io appello questo: *formolare il diritto*. Ciò avviene parte a mezzo del popolo, esprimente con adagi giuridici le norme in pratica osservate, parte a mezzo del legislatore, che sanziona le consuetudini esistenti, od introduce delle nuove norme, che a lui pajon diritto; parte, finalmente, a mezzo della dottrina e della pratica, che s'accertano delle disposizioni di diritto vigenti, o delle conseguenze loro. Tutti questi atti non sono che tentativi per far acquistare la cognizione del diritto; e per essi tutti vale l'accennato principio, che la cognizione, cominciando dall'esterno, solo a poco a poco penetra nell'interno. Noi lo proveremo, e, seguitando lo spirito umano in questo suo lavoro, apprenderemo a conoscere la scala dell'organamento del diritto.

Lo spirito umano ravvisa prima i punti culminanti esteriori pratici del diritto, quelle parti, onde l'efficacia balza subitamente agli occhi, cioè le disposizioni del diritto (la legge). Egli vede che avviene qualcosa, e che sempre si ripete, sente che ciò deve accadere, ed esprime con parole questa necessità. Quinci sorgono le disposizioni del diritto. Ma quanto codeste astrazioni riman-

gono addietro della realtà, donde sono attinte! quanto rozza ed incompleta non è l'immagine che ce ne rendono! Somigliano esse ai primi tentativi plastici di un popolo. Ma in quella guisa che da questi non si può desumere che gli uomini e gli animali di quell'età fossero quali ce li rappresentano, egualmente non convien credere che tutte le regole del diritto dell' infanzia di un popolo porgano una immagine fedele del suo diritto. Il diritto contemporaneo anzi le sorpassa così in quantità come in qualità.

È questa asserzione arrischiata? Come sappiamo noi che il diritto fosse più ampio e contenesse di più che non lo dimostrino le disposizioni giuridiche conservateci? La risposta è semplice. A rappresentare adeguatamente un oggetto si richiede una doppia attitudine; quella di figurarlo nella mente tal qual è, e l'altra di esprimerlo fedelmente, od in altri termini, il talento di osservare e quello di rappresentare. Appropriando tal massima al diritto, conviene che l'espositore trascelga d'infra la farraggine dei rapporti concreti della vita, donde egli deve cavare la regola, il nocciolo del diritto, e che poscia sappia formularlo convenientemente. Ma quello che avviene nel mondo fisico (cioè che noi trasandiamo ogni giorno alcune apparizioni importanti della natura esteriore, che ne circonda, e che di frequente soltanto il caso rende avvertito l'osservatore, e con ciò gli comunica l' impulso alle più importanti scoperte) accade anche nel mondo morale, anzi in questo più assai, non potendosi percepirlo che per l' intelletto. In codesto mondo rinveniamo un organamento determinato, e siamo tanto avvezzi a vederne l' uniforme continuazione, che nemmeno ci domandiamo in qual proporzione operi in esso il fatto, il diritto, la necessità. L'accidente che le azioni di qualcheduno contraddicano ad un qualche punto di un sì fatto ordine ci fa avvisati. Allora ci poniamo la domanda, e d' indi nasce la risposta e la cognizione. Di tal maniera forse anche il mondo morale è debitore al caso delle sue più importanti scoperte. Per gran numero d'esse la dimanda fu più difficile della risposta, ed alla scienza, che non interrogava prima di avere ottenute chiare risposte dovette soccorrere il caso a ben proporre le domande.

Con fatica, e lentamente, procede l' intelletto sul campo del diritto, ed anche quando è al colmo della maturità qualcosa sfugge al suo sguardo. Per quantunque grande sia stata l' abilità dei

giuristi classici di Roma, v'ebbero nondimeno in ogni momento dei tempi in cui vissero delle massime di diritto che vigevano senza ch'essi le conoscessero, e che non furono messe in chiaro che dai loro successori. Se ci si interroga: come accadeva che venissero applicate senza conoscerle, noi possiamo rimettere per la risposta alle leggi del linguaggio. Sono queste applicate alla giornata da migliaja di persone, che non ne udirono mai a favellare; e quanto manca alla conoscenza viene supplito dal sentimento, dal tatto (1).

Adunque la scoperta delle regole vigenti del diritto suppone l'attitudine di osservare. È intuitivo del pari, che essa ha gradi molto differenti a seconda della diversità dei tempi e degli individui, e che il suo grado in genere dipende dalla cultura mentale dell'osservatore. Quindi non siamo ingiusti quando ai popoli rozzi gridiamo: voi avete compreso la parte più piccola del mondo giuridico, che vi circonda, la maggiore sfuggì ai vostri sguardi, e non riposa che nel sentimento vostro. Voi vivete in

(1) Non so dispensarmi d'allegare l'osservazione fatta da uno scrittore etimologista, dei cui giudizi ho spesso profittato in questo mio lavoro, intendo le *Investigazioni etimologiche di Pott sulle lingue indo-germaniche,* v. 1, 1833, pag. 146. « Questa miopia arrovesciata, che consente di vedere i punti lontani, e non gli assai prossimi, si appalesa spiritualmente nell'uomo in particolare riguardo alla cognizione della propria lingua. L'ultima presenta a prima giunta allo straniero delle singolarità prominenti, che colui che dall'infanzia la parla, a motivo per appunto dell'abitudine, non afferra mai, o non afferra che con grande difficoltà; l'attenzione del primo viene eccitata dalla sola esteriorità, mentre nel secondo non si ingenera l'attrattiva d'osservare che a mezzo della volontà. Indi il fatto notissimo, che di regola non si giunge a penetrare l'intima natura della propria lingua, che dopo di avere appreso delle lingue straniere; e che torna più malagevole la compilazione di una grammatica della propria lingua, che non dell' altrui. Oltrechè il più grande conoscitore d'una lingua ne riescirebbe forse il peggiore grammatico e viceversa. Ma a che tutto questo? Per opporci all' ubbia di coloro che reputano sacra in tutto e per tutto l'autorità di un grammatico nazionale. Ma vi hanno di tali Beozi, e che ritornano per quanto pur li si discacci a rebbiate ». Si ponga in luogo di lingua e di grammatico nazionale *diritto* e *giurista nazionale, et mutato nomine, de nobis fabula narratur.*

rapporti giuridici a vostra insaputa, voi agite giusta regole, che nessuno di voi ha espresso; i pronunciati del diritto a voi noti non sono che striscie di luce staccate, che il mondo giuridico di fatto vibra nella intelligenza vostra (1).

Per seconda qualità necessaria a stabilire le disposizioni del diritto accennammo l'attitudine a ritrarre, ovvero la capacità di comunicare alle scoperte regole la conveniente espressione. Questa suppone bensì una adeguata cognizione dell' oggetto, ma posta anche questa qualità non si ha sempre quella. Quante percezioni non appajono chiare e distinte all'animo nostro, e pure non sappiamo dirle che assai imperfettamente con parole? Qualunque diritto, anche quello ch' è relativamente il più perfetto, offre esempi di formole riuscite malamente, vale a dire non già di errori nelle stesse disposizioni, ma nella compilazione; e prova quindi la somma difficoltà dell'operazione che stiamo ad esaminare. S'essa non riesce sempre, anche in tempi della massima maturità mentale, quanto non deve ella riuscire imperfetta presso d'una generazione poco abituata al lavoro mentale; *quanto grande deve essere adunque, per questo riguardo, la differenza che corre tra il diritto di fatto ed il diritto formolato.* La formola ora sarà troppo ristretta ora troppo ampia. Ora si taceranno delle essenziali supposizioni della regola, forse per non avervi pensato, forse anche perchè le si reputava intelligibili da sè; la regola suona talvolta in termini generali senza accennare le necessarie modificazioni; ora sembra collegata ad una specie particolarmente prominente, quando invece giusta il suo valore pratico essa risguardava tutto il genere.

Tale differenza tra il diritto formolato, ed il diritto di fatto, è qualitativa e quantitativa, di estensione e di intensità; od in altri termini, accanto alle massime giuridiche espresse ve n'hanno di latenti, oltrechè le espresse non sono sempre ritratte adeguatamente, di guisa che è in facoltà della teoria così di accrescere come di migliorare la somma delle disposizioni espresse del diritto a mezzo del diritto vigente non espresso. L' accennata dif-

(1) Anche il legislatore ha uopo di tale spirito di osservazione in stabilire delle nuove prescrizioni; allora solo n'è diverso l'oggetto, che, a vece d'una regola esistente, è il bisogno di una regola da crearsi novellamente.

ferenza altresì varia a seconda dei tempi e dei popoli diversi; non è solo il grado di cultura che la determina, ma sì eziandio la diversità delle disposizioni naturali, del talento ingenito. Qualche popolo sente meno la necessità di recare a sua consapevolezza il proprio diritto e di fissarlo esternamente, un altro è animato *a priori* da siffatta tendenza, e possiede la disposizione naturale a ciò necessaria. Codesta dote si appalesa meno nella quantità che nella qualità delle massime di diritto; anzi l'abbondante produttività può essere appunto indizio di debolezza (1).

Per quanto tal differenza sia diversa di grado presso dei diversi popoli, ella non può scomparire affatto giammai. L'esperienza prova, almeno sino al dì d'oggi, che il diritto è una scaturigine inessicabile, che la teoria e la pratica creano alla giornata nuove massime soggettive (cioè prima non conosciute) di diritto, ed i modi di formulare il diritto di tutti i tempi si provarono fin qui suscettivi di sviluppamento e di perfezione. Non è mestieri che si dica che le formole puramente dottrinali sono in continuo movimento, ed assumono giornalmente delle forme nuove. Soltanto a chi non è legale può convenire l'osservazione che accade il medesimo nelle disposizioni di diritto, formolate in leggi, non solo (ciò ch'è intuitivo) quando il legislatore istesso corregge le mende proprie, ma anche eziandio senza del suo intervento, per opera della dottrina. Ciò si verifica colla interpretazione che in parte fissa il vero senso della legge rimpetto alle sue espressioni troppo ristrette o troppo ampie, in parte la estende per analogia; il che importa uno sviluppo della legge, mentre così l'interpretazione dimostra che la sanzione legale fu erroneamente alligata ad una specie di fatto accidentale, ad una specie particolare in luogo del genere, e che debbe conseguentemente estendersi oltre i confini da essa medesima fissati (2).

(1) Potrò sviluppare meglio questo punto allorchè di qui a poco tratterò del lato sistematico del diritto.

(2) La estensione per analogia occorre più di sovente allorquando, all'epoca della emanazione della legge, erano note soltanto alcune specie determinate del genere, e poscia ne sorsero delle altre; a modo d'esempio una legge antica parla nella falsificazione delle monete di denaro in moneta, poscia sopravviene la carta monetata. La dottrina,

Raggiunto così il risultamento, che tra il diritto oggettivo vivente e la sua redazione a modo di massime di diritto (possiamo anche chiamarla teoria del diritto) non corre una perfetta corrispondenza, noi vogliamo rispondere ad una interrogazione, che si sarà presentata alla mente di più d'un lettore. Si potrebbe cioè pensare che le formole giuridiche difettose dovessero esercitare una influenza dannosa sul diritto medesimo. Com'è in fatto la cosa? Conviene distinguere. Tal pericolo è appunto minore nei tempi in che le formole sono più imperfette, perchè allora appunto l'arte di ritrarre il diritto è nell'infimo grado. Quando dall'applicazione delle formole nascerebbe un conflitto col diritto vigente oggettivamente nella realtà, e soggettivamente nel sentimento e nel pensiero, quest'ultimo interviene a rettificarle (1). Quindi tra le massime giuridiche ed il diritto effettivo corre allora il rapporto assegnato da un giureconsulto romano (2) alle *regulæ juris: regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.* Merita inoltre d'essere osservato, che sì fatte massime di diritto compajono ai contemporanei, cui stanno giornalmente sott'occhio i rapporti giuridici concreti, sotto d'un aspetto ben diverso da quello in cui compariscono all'osservatore che vien dopo; basta ai primi uno schizzo imperfetto, perchè in loro si riproduca tutta l'immagine, mentre il secondo non vi vede che rozzi profili. Quelle formole del diritto si potrebbero anche appellare un conto che un popolo rende a sè stesso sull'ampliamento della propria cognizione del diritto. Per quantunque scarse ed inintelligibili riescano ad ogni terzo, che non reca seco la disposizione richiesta per intenderle, esse porgono nondimeno a quello che le com-

nell'estendere la legge alla carta monetata, parte dall'idea: che la legge avea di mira il genere (il mezzo di permuta pubblicamente autenticato) e che se si restrinse ad una specie (denaro metallico) lo fece perchè, al tempo in cui fu compilata, la specie combinava col genere; ma l'oggetto essenziale che essa contemplava non era ciò che distingue la specie (il metallo), ma ciò ch'è comune al genere (il danaro).

(1) Anche per ciò rimetto il lettore alla analogia del linguaggio. Le regole grammaticali erronee nuocono meno di qualunque altra epoca all'uso della lingua in quella in che le astrazioni grammaticali sono più imperfette.

(2) Paolo nella *l.* 1 *D. de r. j.*

pilò, non solo un punto d'appoggio alla memoria, ma quei semplici cenni a lui prestano anche l'ufficio di descrizioni particolareggiate; egli non vi ravvisa le lacune. Quindi anche l'assoluta imperfezione delle massime di diritto è innocua per riguardo all'antichità, poichè questa v'introduce, prendendolo da sè dalle vedute proprie, il vero senso oggettivo nelle formole non espresso.

Ma di quanto col volger degli anni diminuisce la freschezza e la vivacità della percezione immediata del diritto, di tanto cresce (come accade nella lingua) l'influenza della teoria sull' applicazione del diritto, e quindi anche la possibilità, che gli errori commessi dalla teoria nel formolare i principj traggano seco pregiudizi pratici. Ma d'altra parte nella misura che si fa più sentito ed urgente il bisogno di un esatto teorico comprendimento del diritto, aumentano anche e si perfezionano i tentativi diretti a soddisfarlo, e la teoria procaccia di conseguire in sè medesima, esercitandosi e maturandosi, quell'appoggio, che innanzi le somministrava l'intatta robustezza giovanile del sentimento del diritto. Quanto più le riesce di ritrarre fedelmente le immagini sostanziali della vita, tanto più da semplice specchio del diritto s'avvicina a diventarne una delle sorgenti; invece quanto meno ella risponde al suo intento, quanto più s' allontana dalla vita, tanto più quest'ultima respinge l'inutile suo soccorso, e la virtù naturale sanatrice dell'organismo del diritto supplisce, come negli anni della sua infanzia, all'imperizia del medico (1).

Ora quale vantaggio può ridondarci pei nostri scopi speciali dalle suddette osservazioni, quali conseguenze scaturiscono da esse per il metodo di esporre il diritto? Due sono le massime che ne ricaviamo, ed, a parlare con più esattezza, ne deduciamo un pensiero, che può giovarci da due lati. È questo il pensiero fondamentale da noi sin qui sviluppato, che le disposizioni giuridiche altro non sono che le estremità pratiche del diritto, e che però questo le sorpassa tanto in estensione quanto in intensità. Questo pensiero fondamentale, io diceva, c' invia da un canto un' ammonizione e dall'altro un eccitamento. L' ammonizione cioè di non identificare il diritto di un' epoca colle dispo-

(1) L' istesso vale per le leggi, salvochè è più difficile che la vita vi resista efficientemente.

sizioni giuridiche di quell' epoca. Quanto la cultura di quell' epoca è in più basso stato, quanto minore è la sua attitudine ad astrarre, ed a ritrarre, tanto meno convien credere di possedere nelle sue disposizioni giuridiche (ci fossero pure conservate compiutamente) una fedele immagine del suo diritto (1). Ciò ch'esse ci rappresentano è la consapevolezza che quell'epoca aveva del suo diritto espressa nella sua forma pratica immediata, e non già il diritto che in realtà esisteva. A questa ammonizione s'accoppia quasi per viva forza l'eccitamento di ritrarre con più esattezza il diritto, od a meglio dire una parte di esso, cioè (giacchè non ci occupiamo che di questi) i precetti del diritto, e di trarre alla luce quelli che giacquero latenti. Che lo storico che arriva molti secoli più tardi pretenda di dare la vera forma alle massime del diritto dei tempi passati, sembra invero a prima giunta audacissima presunzione; ha la sembianza di paradosso, che debba scoprirsi un precetto di diritto dopochè egli ha cessato d'esistere. Ma ciò è nel fatto tanto sorprendente ed inudito? Quanti fatti storici non sono rettamente intesi che lungo tempo poichè accaddero, quanti individui non equamente apprezzati che quando sovr' essi fu chiusa la tomba? Se l'occhio della posterità non penetrasse più avanti dei contemporanei, la storia sarebbe una scienza morta, e potrebbe accontentarsi di fare imprimere per ogni periodo le narrazioni contemporanee. Ma in quella guisa che l'istorico assoggetta alla critica codesti referti, e li adopera soltanto siccome fonti della narrazione sua propria, così deve diportarsi lo storico del diritto colle formole dell'antichità. L'esito di siffatta impresa dipende veramente dall'abbondanza del materiale ch' egli possiede, ma sarebbe errore il reputare che aggiunger lo si possa colle sole relazioni che ci danno i contemporanei sul senso e sull'applicabilità dei precetti del diritto. Ben lungi da ciò, si può anzi rettificarle ed ampliarle da per loro istesse. Si rettificano completando o limitando una massima di diritto, e si ampliano condu-

(1) In quella guisa che le prime grammatiche imperfette non presentano una fedele imagine del linguaggio. Ciò ch'io pertanto pretendo si è, che il giureconsulto non agisca altrimenti di quello che fa il filologo colle lingue, cioè che, a vece di quelle grammatiche del diritto, studii l'istesso diritto.

cendo la massima fino alle ultime conseguenze, od astraendo un più alto principio dalle disposizioni particolareggiate. Non è infrequente che a poco a poco si pervenga alla cognizione di una massima di diritto. Ciò è quanto dire, che sul principiu se ne ravvisa l'applicazione ad un caso prominente, e la massima impietra in quella forma monca, in cui esci alla luce dapprincipio. Più tardi un caso alquanto diverso ne disasconde un altro lato, e ne sorge quinci una seconda massima dalla prima indipendente. Così vengono poco per volta alla luce, a guisa di particelle indipendenti, tutti i lati forse, e tutte le applicazioni di un unico principio giuridico generale, il quale durò per avventura lunga pezza in questo stato di sparpagliamento, per esser mancato l'interesse pratico di riunire in un sol foco i singoli raggi, e perchè la teoria non intraprese tal cómpito per impulso proprio (1). In tale condizione di cose non è egli concesso a chi succede di estrarre alla luce la massima giuridica occulta che tentò inutilmente di mostrarsi nella verace sua forma, e di far ciò senz'altro materiale che quello somministratogli da quelle massime particolari del diritto? Non si vorrà negare ai dommatici la facoltà di estendere e completare per questa via il materiale loro, benchè assai pochi d'essi ne approfittino, ma non si avrà mai detto abbastanza che anche lo storico del diritto ha uopo dell'identica autorità (2), e che non si può figurarsi una

* (1) Degli esempi di questa specie ce li porgono presso dei Romani: la regola Catoniana, che nella sostanza esisteva lungo tempo avanti di Catone (come verrà dimostrato nel secondo libro). e da noi la dottrina delle servitù, delle persone giuridiche, ecc. (che non fu sviluppata universalmente, e nelle sue logiche conseguenze che dalla moderna giurisprudenza).

(2) Gli si converrà però, com'è naturale, render ragione del modo, per cui egli ottenne le sue deduzioni, ed additare le sue astrazioni siccome tali. Voglio comunicare qui un passo, che a prima giunta mi ha colpito fortemente; è tratto dalle ricerche etimologiche di Pott sulle lingue indo-germaniche, vol. 1, pag. 145. « In ogni lingua originale giace una infinità di germi, onde soltanto una parte picciolissima si sviluppa effettivamente; ogni linguaggio racchiude un materiale di parole e fogge così reali come soltanto possibili; quelle sono un capitale in contanti, onde la lingua può in ogni istante disporre liberamente, queste sono un capitale imaginario, che non acquista un valore reale che

trattazione profittevole della storia del diritto senza che s' usi della suddetta facoltà.

Al presente noi avanziamo un passo nella disamina della struttura dell'organismo del diritto. I precetti del diritto, onde sino qui ci occupammo, vennero da noi denominati le estremità pratiche del diritto; costituiscono essi, in certo modo, la superficie esteriore visibile del diritto, e qualora questi soli rinvengonsi in qualche diritto nella forma loro precettiva originaria, ne contraddistiguono l'infimo grado di sviluppo. Adesso ci tocca mostrare come accanto, e per mezzo di siffatti precetti, si formino nel diritto delle più nobili combinazioni.

I precetti giuridici si astraggono osservando le relazioni della vita, e son fatti ad esprimerne e mantenerne l'indole congenita. Se non che, molti precetti possono concorrere a foggiare giuridicamente un unico rapporto della vita, e ritrovano allora in questo oggetto comune un punto di riunione e vi si attaccano come i muscoli alle ossa. Il rapporto della vita foggiato giuridicamente di tal maniera può di nuovo essere in relazione di dipendenza da un altro, o a guisa di fase e di momento transitorio

quando l'uso gliel consente. Senza di questa pubblica approvazione esso rimane nullo, e di nessuna efficienza, per quanto sia solidamente e sicuramente garantito. — *D'indi scaturisce per l'etimologista, se non vuole essere legislatore, ma semplice relatore del materiale di una lingua, l'obbligo di raccogliere le parti del tesoro in essa esistente, e di non accrescerlo in nessuna maniera. Ma in ciò si va di sovente moltissimo errati, poichè si argomenta affatto arbitrariamente da ciò che realmente si rinviene a ciò che potrebbe essere, e così si fa la lingua più ricca di quello lo sia in realtà* ». La verità di questa osservazione è così evidente che io, in leggendola, provai lo scrupolo di avere commesso nel diritto l'errore rettamente ripreso da quell'erudito negli studi di sua ragione. D'altro non calendomi che del vero, pubblicai quel passo; se l'opinione da me difesa nel testo è erronea, questo passo conduce al punto di veduta donde poter combatterla. Ma io non credo che lo sia, mentre non intendo di recare al passato come ricchezza attiva e reale la sua ricchezza virtuale, ma bensì di assoggettare alla critica il modo suo di foggiare la realtà; e però (conservando l'analogia della lingua) rettificare e completare le astrazioni grammaticali del passato coll'ajuto della lingua tal quale era dietro a quello che si conosce per la letteratura a noi tramandata.

di questo (come succede nell'acquisto e nella perdita dei diritti per rispetto agli istessi diritti), ovvero a guisa di conseguenza, come accade nella successione dell' erede nei debiti del defunto per rispetto all' adizione della eredità; o di specie al genere, come avviene nel contratto di compra-vendita riguardo ai contratti in genere, ed in questi riguardo alle obbligazioni. Di tal maniera i molteplici e varii rapporti giuridici della vita si aggruppano d' intorno a pochi centri principali, che differiscono fra di loro pel concetto, pello scopo e pella struttura, e che si appellano instituti giuridici (1). Costituiscono questi, a così dire, lo scheletro solido del diritto su di cui s' adagia e si distribuisce la sua sostanza.

La scienza è chiamata a studiare siffatta disposizione delle membra del diritto, a rinvenir il conveniente luogo ove collocare tanto le maggiori quanto le minori. Codesto lato sistematico della giurisprudenza è di ben maggiore importanza per la cognizione del diritto di quello che a prima vista non si paja, laonde noi ne faremo oggetto di più minuta disamina.

Si grande importanza non dipende unicamente da ciò, che non si possa comprendere il diritto senza connetterlo a sistema, poichè tanto avviene in qualunque oggetto che si voglia conoscere. Oggigiorno è superflua altresì l'osservazione, che il sistema, tanto nel diritto, quanto in ogni altro ramo di cognizioni, non deve essere un ordine artificialmente introdotto nell' oggetto, ma che conviene cavarlo dall' istesso oggetto. Quello è la logica di una forma straniera all'oggetto, alla quale lo si adatta spingendovelo dentro violentemente; è una rete, che può lanciarsi così su di un diritto come su di un altro, e che lungi dal facilitare, difficolta anzi il comprendimento della struttura dell'oggetto individuo. Il sistema invece equivale all' ordine interno della cosa istessa, ed è perciò sempre individuale affatto; ad un diritto è proprio un sistema diverso da quello d' un altro. Laonde ciò che costituisce la differenza tra l' ufficio del sistema nel diritto e nelle altre scienze si è, che nel diritto il sistema non solo serve a disporre le singole parti ai siti opportuni, ma che siffatto processo formale esercita altresì una reazione materiale sulla sostanza

(1) Quindi dicesi a modo d'esempio: l' instituto della proprietà, dell'eredità, del possesso, della tutela, ecc.

(cioè sui precetti del diritto) vale a dire questi subiscono per suo mezzo una interna trasformazione. *I precetti giuridici si riuniscono in certa qual maniera in più nobile aggregato*, mutano lor forma di comandi e divieti in quella di elementi, e di qualità degli instituti giuridici. Di tal guisa colle loro spoglie si compongono, verbigrazia, le definizioni degli instituti, i fatti costituenti gli affari di diritto, le qualità delle persone, delle cose, dei diritti, le distinzioni ec. Chi è avvezzo a concepire le disposizioni giuridiche sotto forma imperativa non è atto a comprendere quanta gran parte del sistema del diritto possa svestirsi codesta forma, ed ancor meno, come le definizioni lo partizioni ecc., in breve la dommatica logica rinchiuda una importanza pratica più intensa dei precetti giuridici. Siffatta logica del diritto è in certo modo il fiore, il precipitato delle giuridiche disposizioni un'unica definizione ben fatta inchiude forse il contenuto pratico di dieci precetti giuridici anteriori. Vogliamo addurne alcuni esempii, trascegliendo anzi tutto alcune qualità delle cose, che meno delle altre pajono escite da precetti giuridici e convertibili ne' medesimi. La possibilità di tale conversione si scorge subito nella divisione delle cose *in commercio* ed *extra commercium;* il precetto giuridico che si cela sotto di questa divisione suona: riguardo a certe cose non possono sorgere dei rapporti di diritto. La conversione riesce più difficile nella divisione in cose semplici o composte, divisibili ed indivisibili, mercechè questa divisione non risguarda nemmanco una qualità giuridica, ma solamente naturale delle cose. Eppure anche questa partizione spiega una efficacia pratica, essa racchiude p. e. il seguente precetto giuridico: se una cosa viene aggiunta ad un'altra di una certa qualità, i rapporti giuridici esistenti prima sulla cosa aggiunta si estinguono; se la cosa è di qualità diversa, allora non cessa che il possesso, ma la proprietà e gli altri diritti continuano; finchè l'unione dura il proprietario della cosa composta è nei tali e tali rapporti colle singole parti; sciogliendosi l'unione, per il possesso e l'usucapione vale questo, per la *reivindicatio* e la proprietà quello. In una parola v'hanno molte quistioni pratiche, nascenti dalla scomposizione di una cosa in molte, e dall'unione di più in una, che si sciolgono mediatamente sviluppando le sovraccennate qualità. Pigliamo adesso ad esempio la definizione di un diritto: il pegno. La sua definizione suona: il diritto di pegno è

un diritto sulla cosa altrui, per cui si può venderla, ed impiegarne il ricavo pel soddisfacimento d' un credito.

Questa definizione racchiude le seguenti massime giuridiche: 1.° è valida la convenzione che il creditore venda la cosa altrui per pagarsi; 2.° se la cosa esce di sua mano egli ha un' azione verso il terzo possessore affinchè gliela renda (*in rem actio*); 3.° la cosa impegnata deve essere d'altri; non può esistere pegno sulla cosa propria, laonde si estingue il pegno se il creditore acquista la proprietà della cosa pignorata; 4.° la esistenza del credito è il supposto donde il pegno dipende, laonde se cessa il debito, cessa anche il pegno, e questo nasce soltanto allora che nasce il debito ec.

Tale maniera di comporre dalle massime del diritto il precipitato delle definizioni distingue la trattazione scientifica del diritto da quella che usa il legislatore. Il legislatore può accontentarsi di proporre i suoi precetti nella originaria loro forma e pratica immediata; ma la scienza è chiamata non solo ad ordinarli e spiegarli, ma sì eziandio a ridurli a momenti logici del sistema. Il legislatore ci porge, per così esprimerci, dei corpi composti, che lo interessano solo dal canto della loro utilità immediata, la scienza al contrario ne intraprende l'analisi e li risolve in corpi semplici. Da tale operazione vien dimostrato che alcune massime giuridiche apparentemente eterogenee constano degli istessi elementi, e che quindi possono cancellarsi, farne senza; che una massima non si dissomiglia dall'altra che nel più di un unico punto, e che quindi basta che si enunci questo; che qualche precetto giuridico consta interamente di diversi elementi onde la nozione è semplice, e cui perciò riunendo si ottiene il precetto. Mercè di siffatta analisi s'impara adunque a conoscere la natura genuina dei precetti giuridici, e si consegue il vantaggio che la scienza ottenga, a vece di una quantità innumerevole di precetti giuridici i più diversi, un numero determinato di corpi semplici, donde, quando il voglia, può ricomporre i singoli precetti giuridici (1). Ma il frutto non si restringe a questa semplificazione;

(1) V' hanno per fermo anche delle disposizioni cui è impossibile di scomporre, delle prescrizioni meramente positive che resistono ad ogni sforzo della scienza, e riguardo alle quali altro far non si può che registrarle nel sistema al luogo opportuno.

i concetti ottenuti non sono semplici scomposizioni dei proposti precetti giuridici, con cui si possa ricomporre soltanto questi precetti medesimi; ma si ottiene il frutto ben più prezioso della possibilità di accrescere il diritto a mezzo di sè stesso, di vederlo ingrandire per forza interna. Combinando i diversi elementi può la scienza creare nuove idee e precetti nuovi; le idee sono feconde, si appajano, e ne generano delle altre. I precetti giuridici non hanno, come tali, questa forza produttiva; sono e rimangono sè medesimi, finchè vengono risolti nei loro componenti semplici, e con ciò vengono posti, così in linea ascendente, come in linea discendente, in rapporto parentevole con altri, cioè appalesano l'origine loro da altre idee, e di sè ne generano di nuove alla volta loro (1).

Avvisammo sin qui l'influenza che esercita sul diritto codesta analisi, e codesto sistematico ordinamento dei precetti giuridici; noi potremmo chiamarla *l'innalzamento dei precetti giuridici a momenti logici del sistema.* Ma siffatta operazione riesce sommamente importante anche rimpetto alla vita; essa cioè ne somministra, per così dire, i reagenti semplici pei fatti concreti della vita, che sono infinitamente complicati. Chi volesse deciderli coi soli precetti giuridici verserebbe in continuo imbarazzo, dappoichè l'arte di combinare della vita è tanto estesa, che la casistica più particolareggiata di un codice riescirà sempre scarsa al suo paragone. Invece a mezzo di quei pochi reagenti si risolve qualunque caso. Potrei anche servirmi di un altro paragone, cioè chiamare quella struttura logica o sistematica del diritto, l'alfabeto suo. Il rapporto di un codice compilato caso per caso con un diritto ridotto alla sua forma logica è pari a quello che corre tra la lingua chinese e

(1) Onde allegare un esempio, suppongasi che un moderno legislatore abbia rimodellato tutto il diritto di pegno. È opera della scienza di scomporre anzi tutto il diritto di pegno nei suoi due elementi: nell'elemento reale (il diritto su di una cosa altrui) e nell'elemento obbligatorio (i rapporti personali di credito tra il creditore ed il debitore pignoratizio). Essa procederà poscia ad investigare a quali modificazioni soggiaccia l'idea del pegno sulla cosa, e quella del credito; con questa nuova combinazione del diritto di pegno, tali modificazioni diverranno più tardi la parte specifica del diritto di pegno, che sola ho mestieri di una più minuta elaborazione, ed in cui è riposto il principio produttore del diritto di pegno.

la nostra. I Chinesi hanno per ogni idea un segno particolare, la vita umana è appena bastante ad apprenderli, e nuove idee richieggono l'invenzione di nuovi segni. Noi al contrario possediamo un piccolo alfabeto, con cui possiamo scomporre e comporre ogni parola, facile ad imparare, e che non ci fa mai difetto. Di tal maniera anche un codice casista contiene una quantità di segni per casi particolari determinati; invece un diritto ridotto ai suoi punti logici ci offre l'alfabeto del diritto, con cui possiamo decifrare ed esporre le nuove voci, siano pure quanto vuolsi insolite della vita.

Al presente si comprenderà l'osservazione prefata, che la gran copia di precetti giuridici è segno di debolezza. Essa cioè annuncia la debolezza della facoltà digestiva dell'intelletto, l'impotenza di estrarre dalla farraggine dei precetti giuridici la logica quintessenza, e di farsene sangue e carne. Tale facoltà è per l'appunto la proprietà caratteristica della giurisprudenza, e la continua sua applicazione ai precetti giuridici n'è l'indeclinabile dovere.

Radducendoci quindi colle conchiusioni sin qui ottenute al punto donde movemmo, la cognizione nostra dell'organismo del diritto s'è ampliata di questa, che i più dei giuridici precetti si possono foggiare a punti logici del diritto, e questi di nuovo a più alti ordini, di guisa che ben poco assai vi rimane di principii giuridici propriamente tali. Codesta (qualmente più sopra la chiamammo) *precipitazione* dei principii giuridici in sistema, non è cómpito suggerito dal gusto individuale, non è la materia messa in opera dalla scienza, ma bensì giace racchiusa nel diritto medesimo; quando noi l'eseguiamo, e ci sbarazziamo dei precetti giuridici, permutiamo la contemplazione esteriore ed incompleta dell'oggetto contro l'intimo suo comprendimento. In quella guisa che il sistema non è cosa recata di fuori nell'oggetto, ma è suo proprio, così anche l'ordinamento logico delle membra, e la transustanziazione dei principii giuridici, benchè apparentemente dipenda da idee sistematiche preconcette, non è in realtà che il riconoscimento della vera natura del diritto. Il diritto pare all'occhio esercitato un organismo logico di instituzioni e di definizioni giuridiche, all'occhio inesperto un complesso di precetti giuridici; ma il primo si confà coll'interna natura del diritto, il secondo n'è il lato esteriore rivolto alla vita pratica.

Laonde se, riguardo a siffatto lato esteriore, siamo giunti omai a conchiudere che la sua cognizione è ricinta di difficoltà, e quindi manchevole assai di sovente, varrà il medesimo, ma in grado ben maggiore, riguardo alla struttura logica del diritto. Il bisogno pratico immediato non scorge che alla cognizione dei precetti giuridici; un popolo ha d'uopo d'una felice attitudine singolare onde esso dalle massime di diritto giunga di buon'ora a discoprire l'alfabeto del diritto. Noi vedremo che in ciò appunto si appalesò la straordinaria predestinazione del popolo romano per coltivare il diritto. Le aspre difficoltà che accompagnano siffatto metodo di trattare il diritto vennero avvertite pelli istessi giuristi classici romani. *Omnis definitio in jure civili* (costruzione dell'idea coi materiali dei precetti giuridici) dicon essi (1) *periculosa est; parum est enim ut non subverti possit;* e v'hanno casi per cui si riconoscono incapaci di stanziare un'esatta definizione, e raccomandano di procacciarsene l'idea coll'osservare la vita (2).

Quindi è concesso a chi più tardi arriva di migliorare anche in ciò in paragone dei contemporanei il comprendimento del diritto dei tempi passati, e di avvisare quanto a quelli rimase ignoto. S'essi gli tramandarono soltanto un aggregato di precetti giuridici, egli deve procurare di riedificare con questi l'organismo logico del diritto; s'essi gli mostrarono del diritto non più del lato esteriore alla vita rivolto, egli deve dar òpera a discoprirne l'intima sostanza logica.

Procediamo adesso ancora d'un passo nella nostra investigazione dell'organismo del diritto, è l'ultimo che dobbiam fare. Se ci fac-

(1) *L.* 202 *D. De r. j.*

(2) « A modo d'esempio nella mora, l. 32 pr. D. De usuris.... nam « difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo « rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque « juris auctoritate quæstione decidi posse, cum sit magis facti quam « juris ». Ma quanto le definizioni compilate dai romani giureconsulti riescivano talvolta insufficienti, altrettanto ne tenevano essi saldo nel pensiero il concetto, siccome emerge dalla magistrale applicazione che ne facevano.

ciamo a paragonare le diverse epoche del diritto di un popolo, ci avvediamo che le singole instituzioni giuridiche della medesima epoca (per quantunque grande sia la discrepanza tra loro, p. e. tra il diritto di eredità, quello delle obbligazioni e la tutela) hanno un certo non so che di comune, cioè presentano certa rassomiglianza di fisonomia, ch'è perfino talvolta più aperta della rassomiglianza che tiene con sè medesima un' istessa instituzione nelle diverse fasi del suo sviluppo (1). Ad ogni modo non può mettersi in dubbio, che la medesima età imprima negli individui, ne sieno d'altronde pur grandi le differenze, una certa rassomiglianza d'abito, di carattere, un tipo determinato.

Se pertanto una tale osservazione si ripete nel mondo del diritto, noi siamo autorizzati a conchiudere, che le apparizioni simili che ci vengono sott' occhio nelle instituzioni giuridiche più disparate della medesima epoca, abbiano il loro fondamento nell'istessa cagione, od, in altro parole, che nell' universo organismo giuridico agiscano certe forze che esercitano la loro efficienza su tutte le sue parti. La maniera con cui tale efficienza s'annuncia esternamente può variare a seconda della varietà delle instituzioni; una forza identica può manifestarsi in una instituzione d' un modo; in altra, d'un altro. Ma chi potrebbe attendersi l'eguaglianza meccanica delle manifestazioni? Perchè non dovrebbe invece anche nel mondo morale, come accade nel fisico, aver luogo una dissomiglianza di manifestazioni nell'eguaglianza delle forze impulsive? Che a modo d' esempio la cultura del diritto romano si slanci al più alto volo nell'età appunto, in cui appassisce la libertà romana, è apparentemente così contraddittorio come che nella valle fioriscano gli alberi quando sui monti si squagliano le nevi; — eppure una cagione medesima produsse i prefati fenomeni apparentemente opposti. Quanto è più rigogliosa la forza vitale, escono anche tanto più variate le forme sotto di che ella si manifesta; invece, quanto è più scarsa la prima, e tanto è minore il numero delle seconde. Laonde eziandio nel diritto le medesime

(1) Si paragoni, a modo d'esempio, nel diritto romano, la forma delle singole instituzioni giuridiche del tempo in cui fioriva la repubblica, colle forme nuove assunte da esse nell'epoca imperiale, cioè la proprietà (*dominium* e l'*in bonis esse*) il diritto di eredità (*hereditas* e la *bonorum possessio*) il legato (*legatum* e il *fideicommissum*).

forze possono occasionare in un istituto una limitazione, nell'altro un ampliamento; qua indebolire, là rinforzare.

Sono codeste forze motrici, che testimoniano l'unità e l'individualità dell'organismo, e, quando non esistessero, il diritto non sarebbe che un aggregato di singole instituzioni, e cader potrebbe in mente di comporre un diritto, pigliando da ciaschedun popolo quella instituzione, che presso di lui ebbe più felice sviluppo, ed attinse la sua piena maturità. Ma in quella che noi chiamiamo il diritto un organismo, che parliamo del carattere di un diritto, noi partiamo già dalla premessa di tali forze che tutto lo informano e lo signoreggiano. Sede di codeste forze è l'individualità del popolo, la quale è, in certa maniera, il cuore dell'organismo del diritto, donde il sangue sgorga e trascorre ad avvivare e riscaldare tutte le parti, e quindi impone la pelle e la carne al sistema muscolare del diritto, e gli imprime quel carattere individuo, a cui appunto si ravvisa che il diritto spetta a tal popolo ed a tal'epoca. Sentiamo in ogni vena, quando più quando meno robuste, le pulsazioni delle idee e delle vedute nazionali, che a modo lento ed appena percettibile, convogliano il nutrimento alle parti solide; ed esposte, come sono anch' esse, al mutare del tempo, attuano eziandio in tutto l'organismo un cangiamento confacente. Quindi lo spirito del popolo e del tempo è altresì lo spirito del diritto.

Queste idee generali, e percezioni fondamentali di un popolo, che stampano l'orma loro sulle singole instituzioni, codesti sforzi e tendenze dell'epoca che esplicano la loro efficienza nel diritto, in breve l'intero complesso di tutte le forze motrici che operano nel diritto, noi vogliamo domandarlo la *sua organizzazione psichica*, e le instituzioni giuridiche, il complesso dei suoi organi pratici, *il corpo suo*. Ma di ciò onde viene la spinta non si può acquistare una cognizione immediata, ed usiamo un espediente voluto dalla necessità, quando, a spiegare gli effetti che veggiamo, supponiamo delle forze motrici che non veggiamo; sono esse astrazioni, a cui ci costringe la manchevolezza della comprensiva nostra. In tal senso anche nel diritto dagli effetti induciamo le forze motrici; ma queste non sono altro che un' astrazione, un tentamento di comprendere effetti, onde la cagione vera rimane un' ipotesi.

Perchè siffatte astrazioni abbraccino tutte le apparizioni singole, conviene che non di rado abbiano una certa ampiezza; od in

più chiari termini, la relaziono parentevole di certe forme del diritto non si ravvisa nella prima generazione, ma a discoprirla conviene risalire molto in su nello stipite. I pensieri più prossimi, donde pullularono le instituzioni speciali, e che in esse si scorgono nel primo intuito, si converranno insieme per avventura ben poco; ma l'astrazione rimonterà allora per alcune generazioni, ed in un pensiero generale discoprirà il punto comune di partenza. Noi rinunciamo per ragione del cómpito nostro a spingere tant' oltre cotali inquisizioni genealogiche da giungere a categorie logiche generalissime, ad avi dubbii ed ignoti all'universale, e cadenti nell' epoca più vecchia della speculazione, non scarsa di finti progenitori. Le idee nostre ultime e più alte non saranno mai tanto remote che non sappian comprenderle anche coloro che non sono filosofi.

Ma di quanto questa organizzazione psichica del diritto è al di sopra dell'organismo corporeo, d'altrettanto eziandio crescono le difficoltà della investigazione. Mentre i precetti giuridici giacciono visibili sulla superficie, mentre le instituzioni e le definizioni giuridiche colla loro pratica applicazione s' insinuano, quasi da sè, nella conoscenza, quelle forze motrici del diritto riposano nel più profondo interno, percorrono tutto l' organismo, ma non si annunciano forse in nessun punto con tanta evidenza da non poter involarsi all' osservazione. Niun bisogno pratico spinge a conoscerle, mercechè non sono esse precetti giuridici, non possono a guisa di questi formolarsi, ma sono soltanto qualità delle instituzioni giuridiche, principii generali, come tali incapaci d'ogni applicazione, e che somministrarono soltanto dei materiali alle pratiche formazioni del diritto. Come potrebbero foggiarsi nella pratica a modo di precetti giuridici i pensieri che noi additeremo nel descrivere il carattere del diritto romano, p. e. il pensiero della natura personale delle facoltà, della natura sostanziale o reale della volontà, della fermezza o fluidezza dei rapporti giuridici!

È perciò da maravigliare se questo canto del diritto si disasconde all'occhio spirituale più tardi e più scarsamente, se le tendenze ed i pensieri, che una generazione procaccia di attuare e di sviluppare nel diritto rimangono ad essa occulti e non si appalesano che ad una generazione posteriore? Se v'ha qualcosa che dimostri la divina origine del diritto, che esso non è opera

umana, non semplice frutto della riflessione, basta il cenno di questo fatto. Un legislatore che emana le sue leggi colla cognizione dei suoi scopi e dei suoi mezzi porta forse credenza, che esse non vengano che da lui, che non contengano se non quanto egli volle inserirvi; eppure lo spirito dell'epoca gli spinge sotto, senza ch'ei lo sospetti nemmeno, il materiale donde le fabbrica, e tutto il suo fare e darsi moto, di che ei medesimo non comprendeva l'unità e la necessità, appare all'osservatore che sopraggiunge siccome un unico momento affatto compiuto dello sviluppo universale del diritto.

Come la pianta nulla attinge in apparenza di fuori, ma invece ritrae tutto il suo nutrimento dalla terra e dall'aria, così anche ogni diritto attinge insensibilmente gli elementi della sua vita dal terreno in cui alligna, e dall'atmosfera in cui cresce. Ciò mentre accade non è avvertito dal nostro occhio debole, ma posciachè è avvenuto, saliamo per mezzo dell'effetto alla cognizione della causa. Quanta gran parte di quello che veggiamo non si comprende da noi perchè non è ancora compinto, perchè trovasi ancora nei primordi del suo sviluppo, ed invece sarà inteso dagli osservatori che succederannoci, e che potranno abbracciare in uno sguardo retrospettivo il processo di sviluppamento di già compiuto?

Se le osservazioni prefate valgono per l'età provetta dei popoli, non è mestieri il dire che si conviene applicarle in grado ben maggiore al periodo della fanciullezza e della gioventù loro. Può per avventura tornar facile allo storico di rinvenire il significato dei loro moti e conati, mentre ad essi era un enimma. Da ogni instituzione giuridica possono sorgere rimpetto a noi certe vedute fondamentali della nazione, ma il popolo istesso che n'era compreso, o non le avvertì o lo avvertì soltanto nella suboscurità del sentimento e del presentimento. E per verità egli avviene non di rado che codesti pensieri inespressi, a cui mancava ancora l'idea, rinvennero una espressione velata e misteriosa nel mito, nella etimologia, nella simbolica ec. Il genio vaneggiante del popolo ha qui deposto ingenuamente una confessione, onde poi che si riscosse non s'è più ricordato.

Questo campo è assai fertile per l'efficienza storica, ma non nascondiamolo, esso è in pari tempo assai sdrucciolo. Quanto più lo storico si studia di avanzare sul medesimo, e di avvicinarsi

al laboratorio dell'istoria, più e più nebbiose ed impalpabili divengono le figure che incontra, ed a vece degli spiriti che rintraccia gli si paran dinanzi dei fuochi fatui, che minacciano di sviarlo dal retto sentiero. A più d'uno, che si mosse a ricercare lo spirito di una cosa toccò d'esser preso a gabbo, ed allettato or qua or là dallo spirito, che, a vece di sè medesimo, gli cacciò innanzi un fantasima, che a nessuno, fuorchè all'indagatore, pareva quello che doveva essere. Però siffatti tentamenti caddero di stima presso di molti, che credono soltanto quello che toccano con mano, e che li risguardano siccome trastulli, di che non possono dilettarsi che le nature superficiali. Di leggeri si comprende che tale opinione debbe essere in gran voga tra i giuristi.

Siffatte esperienze debbono farci cauti, ma non già svolgerci dal nostro divisamento. Quando un tema come quello che ci siamo proposto richiede tanto urgentemente lo scioglimento, non si può dimorare bilanciando il pericolo impendente allo scrittore.

Ma in quel mentre che le nostre inquisizioni ci guidarono a conchiudere costantemente, che il diritto non deve confondersi colla cognizione soggettiva del medesimo, e che perciò occorre di avvisarne i canti e le parti latenti, invece il metodo dominante si tien pago a riprodurre i precetti e le definizioni giuridiche dai Romani medesimi stanziate. L'eterno suo ritornello è lo studio delle fonti, ed il più ardito pensiero, ond'egli è capace, è di risuscitare la *pura* teoria romana. Se fosse fattibile esso gitterebbe dalla nave tutto ciò che nel diritto romano non è espresso direttamente, e rimorchierebbe in su la nostra letteratura scientifica allo stato in cui era al tempo di Ulpiano o di Paolo. Ma l'età di Ulpiano o di Paolo è passata, nè per quanti sforzi pur si facciano, la si può più richiamare. Per invocarla col desiderio conviene dimenticare, che ogni età deve essere originale, non copia di un'altra; che ogni età può e deve considerare l'istesso oggetto storico dal punto di veduta ad essa proprio, e che di tal maniera ad ogni novella generazione nuove facce dell'oggetto si disascondono. Di contro a siffatta tendenza era uopo di definire accuratamente la nostra maniera di vedere, e di prefiggere alla trattazione, così dommatica come istorica, del diritto romano, più alto fine che quello non sia di riprodurre semplicemente la conoscenza romana. Sinattantochè non si mirerà

ad altro scopo che a ciò, non si potrà giungere a trapassare dentro della vera essenza, a formare un giudizio sul diritto romano. Chi, come noi, s'è proposto siffatto intento, è da sè stesso spinto oltre di quel segno.

§ 4.

2. Investigazione fisiologica dell'organismo del diritto. — Funzione sua nella vita. — Attuabilità formale del diritto. — Ufficio dello storico verso del diritto del passato.

Lo scopo degli organi consiste nelle funzioni loro; gli organi esistono per l'esercizio di offici determinati. E d'altronde in codesto scopo sta la ragione del loro organamento; questo è quale le prefate funzioni lo richiedono. In quella guisa che il sin qui detto vale per l'organismo fisico, vale anche per quello del diritto. Anche nel diritto la cognizione delle sue funzioni conduce alla conoscenza dei suoi organi, la fisiologia alla retta intelligenza dell'anatomia.

Nulla è adunque più erroneo del giudicare un diritto, a guisa d'un sistema filosofico, solo dal canto del suo merito intellettuale, dell'ordinamento logico delle sue membra, e della sua unità. Per quanto sotto di questo aspetto egli possa parere un capolavoro, niente è per anco riconosciuto del verace suo pregio, mercechè questo risiede nelle sue funzioni, cioè nella sua pratica idoneità. Che monta che una macchina desti l'impressione d'uno squisito artefatto se come macchina è inetta all'uso? Si converrebbe credere che questo canto dell' ufficio del diritto avesse tanto risalto da non poter sfuggire alla conveniente attenzione. Eppure non di rado c'imbattiamo nel contrario. Vale a dire l'ufficio del diritto s' invola agli sguardi appunto nella misura, in che si sviluppa scientificamente quella logica del diritto (onde trattammo nel paragrafo precedente), e che i precetti giuridici s'intrecciano a momenti logici del sistema. La forma imperativa del comando e del divieto, l' espressione « *conviene che così sia* » dètta quasi per viva forza la domanda del *perchè*. Ma è ben tutt' altra la cosa posciachè i precetti giuridici svestirono codesta forma ed in definizioni giuridiche si spiritualizzarono.

Allora la critica si rivolge più presto alla loro disamina logica che non a considerarne la pratica idoneità. Anzi lo spositore può di leggieri lasciarsi andare all'illusione, che v' abbia del grande e del sublime nel trattare il materiale del diritto quasichè fosse un'emanazione del concetto, dell'idea; e l'idea quindi e il concetto fossero l'originario e di per sè esistente; mentre al contrario in realtà tutta quanta la logica disposizione delle membra del diritto, per perfetta che sia, non è più che cosa secondaria, e un prodotto degli scopi cui essa debbe servire. Che le idee siano foggiate a tal forma dipende da ciò, che in quella forma esse soddisfanno ai bisogni della vita, e tale si è appunto la ragione perchè il loro libero sviluppamento logico rimase talvolta interrotto od impedito. Senza di tali modificazioni, il pregio logico del diritto sarebbe sovente maggiore, ma la sua pratica idoneità sarebbe altresì minore d'assai (1).

Ora l'ufficio del diritto è la sua attuazione. Ciò che non s realizza non è diritto, ed al contrario ciò che funge codesto uffizio è diritto, quand'anche come tale non sia per anco riconosciuto (diritto consuetudinario). L'efficienza è quella che autentica come diritto il testo stabilito per mezzo della legge o per altra via; essa è quindi l'unico espediente sicuro onde riconoscerlo. Ma tale efficienza vale ancor più; ella è in pari tempo l'oggetto ed il comento del testo predetto. Nessun codice, nessuna raccolta teorica del diritto, di qualunque tempo e di qualunque popolo, si può comprendere senza la conoscenza delle condizioni reali di questo popolo e di questo tempo. Il perchè esistano i tali e tali precetti giuridici, como la vita ne ajuti o ne combatta l'efficienza ec., tutte queste sono domande, cui solo la vita può

(1) Questa ingerenza della vita nello sviluppo logico del diritto è pei Romani appellata *jus singulare*, la logica del diritto *ratio*, ed anche *regola juris:* a modo d'esempio, *l.* 16, *D. de legib. Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est; l.* 15, *ibid. In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.* I giuristi romani negano con ragione al *jus singulare* la fecondità logica, affinchè la scissura nel diritto non divenga maggiore. Quindi il *jus singulare* vale bensì nella pienezza del suo contenuto, ma non è un principio produttore, *l.* 14, *ibid. Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

rispondere. La formola del diritto, che ci sta dinanzi non è altro che il piano di una macchina; la migliore spiegazione, e ad un'ora la miglior critica di una macchina, ce la somministra la macchina istessa quando funziona. Più di una molla inosservata manifesta allora una rilevante importanza, e più d'un cilindro, che dà negli occhi, ed è apparentemente indispensabile, si discopre allora superfluo. La ragione dell'esistenza di tale instituto e dell'aver egli assunto tal forma, è riposta negli scopi e nei bisogni d'un'epoca determinata; e nelle supposizioni che seco mena siffatta epoca giace racchiuso il motivo che rende possibile un'instituzione e superflua un'altra. Codesto pensiero che nessun diritto può comprendersi fuorchè dal punto di veduta della vita pratica, non esige più ampio sviluppamento nemmeno per chi non è legale (1); ma non posso fare a meno di porre in rilievo una proprietà del diritto, ch'è domandata dallo scopo della sua attuazione; io la chiamo la *sua attuabilità formale*, o *la sua applicabilità*.

Infatti io scevero l'attuabilità materiale di un diritto dalla formale, e per quella intendo l'idoneità o l'opportunità delle sue

(1) Io mi permetterò soltanto di accennare il rapporto che corre nelle singole instituzioni tra la loro struttura anatomica e le funzioni loro. V'hanno delle instituzioni di varia struttura anatomica con funzioni simili, od identiche p. e. il legato, e la *donatio causa mortis;* la oppignorazione dell'antico diritto romano fatta a mezzo della *fiducia* (trasferimento di proprietà), ed il *pignus* del diritto nuovo; la cessione e la delegazione; la tutela e la cura; l'estinzione dell'azione e la perdita del diritto per l'usucapione altrui: l'*usus fructus* ed il *quasi* sulle *res quæ usu consumuntur.* Quest'ultimo è per la sua struttura onninamente diverso dal primo (perchè per esso non sorge un diritto *in re aliena,* ma avviene il passaggio della proprietà); ma nell'ufficio suo conviene col primo, e non è che per questa convenienza che esso venne ascritto all'*usufructus.* Al contrario può accadere che simile sia la struttura, o che rimanga nell'essenza identica nella medesima instituzione, ma che ne siano assai diverse le funzioni, come avvenne, p. e., della costituzione repubblicana, che conservò la sua struttura anatomica nei principii dell'era imperiale (popolo, senato, magistrato). Sgraziatamente il nostro metodo di trattare l'istoria del diritto dà troppo grande importanza alla struttura anatomica delle instituzioni, e troppo piccola alle loro funzioni, e sì nell'istoria del diritto è cosa precipua l'inquisizione e l'esposizione dell'ufficio suo, mercechè solo per questa via si può giungere a comprendere l'importanza istorica delle singole instituzioni.

materiali statuizioni. Codesta opportunità è al tutto relativa, e vien determinata dalla suaccennata corrispondenza tra il diritto e la vita, dalle esigenze dell'epoca, dalle qualità del popolo, dalla sua maniera di vivere. Per attuabilità formale intendo invece l'agevole e sicura applicazione del diritto astratto ai casi concreti. Io avviso una maggiore o minore attuabilità nel diritto giusta il maggiore o minor grado di forza mentale che si richiede per tale operazione, giusta la certezza od incertezza del suo risultato. Ma con ciò io non intendo la facilità e la difficoltà di comprendere i precetti giuridici che si vogliono applicare. Appena che una statuizione giuridica sia stata ben intesa una volta, è sciolto il cómpito per sempre, nè occorre di ripeterlo all'evenienza d'ogni nuovo caso d'applicazione. Invece il cómpito, della cui facilità o difficoltà qui si parla, risguarda l'applicazione della statuizione giuridica, il trasmutamento della regola nei rapporti concreti; e questo abbisogna per ogni caso di una nuova soluzione. L'applicazione del precetto giuridico consiste nel discoprire ed esprimere in concreto ciò ch'esso astrattamente propone, e ciò può tornare assai facile, ma eziandio assai difficile. In ciò ha gran parte l'attitudine, la veduta giusta dell'applicatore (possiamo chiamare codesta operazione la diagnosi giuridica), ma la facilità o la difficoltà oggettiva di applicare il precetto giuridico è determinata dal precetto istesso, a seconda ch'egli connette le sue disposizioni con criterii facili ovvero difficili da ravvisare.

Qualunque statuizione giuridica annette ad un determinato supposto (se alcuno commetterà questo o quell' atto) una conseguenza determinata (nascerà ciò) (1); laonde applicare il diritto significa 1.° ricercare se nel caso concreto regga il supposto, e 2.° esprimere in concreto la conseguenza espressa soltanto in astratto, p. e., stimare a danaro il danno che a qualcheduno conviene di risarcire. Ora, com'è noto, codeste operazioni dipendono in tutto

(1) Codesta forma (se-allora) è la più semplice e la più chiara, e giace in fondo d'ogni precetto giuridico, benchè ella esteriormente non appaja, p. e., *i minori debbono soggiacere alla tutela fino all'anno 25, le fidejussioni delle donne sono invalide.* Qui il supposto sarebbe: *se alcuno non compì ancora il 25.° anno, se viene prestata fidejussione da una donna;* e la conseguenza questa: *il primo è soggetto a tutela, ecc.*

dal tenore così del supposto come della conseguenza. Poniamo ad esempio il modo di trattare l'ingiuria usato nel diritto romano antico e nel nuovo. Per quello la conseguenza dell'ingiuria, cioè la pena, era una somma determinata di danaro (25 assi); questo ne lascia la commisurazione al criterio del giudice. Nel primo caso, poichè s'era provata l'ingiuria, la conseguenza esciva da sè (condanna in 25 assi); invece nel secondo bisognava calcolare ancora i rapporti individuali, verbigrazia la condizione dell'offensore e dell'offeso, il tempo, il luogo; e la determinazione della pena poteva tornare sovente al giudice assai difficile. In quanto al supposto, è del pari intuitivo, che s'esso contempla le lesioni dell'onore in genere, la ricerca se il supposto regga nel caso concreto riesce ben più malagevole che non quando si riferisce (come accadeva in certe antiche leggi) ad un fatto esteriore facile a ravvisare, p. e., *se alcuno percuoterà altri*, o lo *incolperà d'un delitto* ec.

Quanto più è generale ed intimo il supposto e la conseguenza di una giuridica statuizione, e tanto più difficile n'è il concreto riconoscimento; quanto è più concreto ed esteriore il primo, ed anche tanto più facile è il secondo. Ma siffatta facilità di riconoscere in concreto il principio astratto è per la pratica di ben maggiore rilievo, che non la logica perfezione del concetto astratto. Quelle disposizioni che sotto il riguardo materiale sono rozzamente foggiate, ma connesse a criterii esteriori facili a ravvisare in concreto, vincono di pregio, dal canto della pratica, quelle statuizioni, per quanto sian pure incensurabili pel contenuto e pella forma, ove si obliò la attuabilità formale. Dappoichè l'importanza di codest'ultima proprietà non importa soltanto che l'ufficio d'applicare il diritto sia *facile, semplice*, e quindi *sollecito*, ma ben anco che ne venga *accertata* l'applicazione *uniforme*. Quanto più i caratteri che si son presi a guida nell'assortire, sono esterni e balzano agli occhi, tanto maggior purezza v'è che ogni pezzo venga collocato a dovere, e quanto quelli sono più interni, di tanto cresce il pericolo di errare.

Il riguardo alla facile applicazione del diritto esercita una influenza decisiva sul suo sviluppo logico, esso costringe di sovente i concetti giuridici a rimettere della loro originaria purezza, onde vestire una forma che li renda più maneggevoli nella pratica. Ciò ch'essi vi perdono di merito astratto lo guadagnano in concreta

applicabilità. A chiarire di tanto valga un esempio attinto dalla capacità personale civile, e politica (età maggiore, e diritto elettorale). Poniamo che il legislatore stanziar volesse queste qualità giuridicamente, e movesse dall'idea: deve considerarsi maggiore d'età chi possiede acume e fermezza di carattere sufficienti ad attendere ai proprii interessi; elettore ed eleggibile quello che possede la volontà e la capacità di promovere l'utile dello stato. Per quanto cotale idea sia giusta, sarebbe pure ben improvvido l'abbracciarla per legge ed il far dipendere perciò da condizioni siffatte l'età maggiore e la capacità politica. Quanto tempo e quanta fatica non si converrebbe gittare onde rilevare nel caso concreto codeste supposizioni; che sorgente inessiccabile di controversie non aprirebbe con ciò il legislatore; come non moltiplicherebbe l'arbitrio soggettivo del giudice, e non darebbe con ciò fomento, a malgrado della più incensurabile applicazione, alle più alte accuse di parzialità! Come può il legislatore schivare tutti questi inconvenienti? Adottando in luogo di quei supposti degli altri aventi di regola un certo nesso, benchè non necessario, coi primi, ma aventi sovra di questi la preminenza di una più certa concreta riconoscibilità. Tal sarebbe, a modo d'esempio, l'anno 25 compiuto per la maggior età, il possesso di certa sostanza, l'esercizio di certe professioni, il coprire una certa carica ec. per la capacità elettorale. Questo discendere dall'idea legislativa originaria, questo cambiare una supposizione astrattamente più esatta con una meno esatta, ma ch'è più facile da constatare nella pratica, è richiesto dallo scopo del diritto, dalla facilità e sicurezza che vuolsi nell'ufficio suo. E quantunque la sua applicazione possa trarre seco degli inconvenienti, perchè qualche volta si conceda o si neghi la capacità civile o politica a chi, giusta l'idea astratta, dovrebbe essere invece negata o concessa; dovrassi tuttavia dare la preferenza a siffatto modo per considerazione della pratica, e tale considerazione è la sola attendibile nel diritto.

Pertanto il principio della attuabilità formale del diritto è strano alla natura intima dei concetti giuridici, onde modifica e pregiudica variamente il libero sviluppo. Siffatto principio obbliga a trasmutare dall'interno all'esterno l'importanza del concetto, a rintracciare per le distinzioni ed idee interne dei criterii, per quanto si può, facili ad afferrare; egli in somma

conduce a stabilire una sintomatica giuridica. Possiamo annoverare tra i derivati particolari di questo principio, oltre dell'estrinsecamento suaccennato dei supposti e di quello delle loro conseguenze (1), che va di piè pari col primo, eziandio le presunzioni legali (2), che la prova contraria infirma, le finzioni (3) che per tal modo non s'infirmano, le forme degli atti ec. (4).

Con ciò vien chiarito e giustificato quello che abbiamo asserito superiormente, cioè che un codice può essere nel tempo istesso inetto, ed un capo-lavoro in astratto. Quantunque le statuizioni sue fossero materialmente attuabili, affacentisi allo spirito del popolo e dell'epoca, e le sue definizioni chiare ed acute, potrebbe ciò non ostante accadere che ne fosse postergata al tutto l'attuabilità formale, ch'è quanto a dire, si avesse dimenticato *ch'è ufficio del diritto di incorporarsi facilmente, prontamente e sicuramente coi fatti.*

L'opinione sin qui sviluppata, che non si può comprendere, nè portar giudizio sul diritto di nessun popolo e di nessuna epoca, quando lo si esamini e lo si esponga soltanto dal lato della sua struttura anatomica e logica, cioè semplicemente come un sistema, è tanto evidente che è difficile di capacitarsi come si sia commesso tale errore nel trattare la storia del diritto romano, del privato

(1) A modo d'esempio, lo stabilire un tanto in monte, a vece di aggiudicare nel caso particolare l'interesse liquidato; come sono (nel diritto romano) gli interessi di mora, il doppio *duplum* del valore dell'oggetto e dei frutti, la multa determinata, la *sponsio tertiae partis*, il trasferire, il possesso d'uno in altri a titolo di pena, la *fructus licitatio.*

(2) Nell'usucapione si presume la buona fede finchè vien provato il contrario, si ammette la continuazione ininterrotta del possesso, altro dei requisiti dell'usucapione, se può provarsi l'esistenza del possesso in singoli momenti.

(3) La finzione del pagamento se alcuno produce un documento rilasciato da lungo tempo.

(4) A modo d'esempio nel testamento. Senza di queste solennità potrebbe riescire in concreto assai malagevole di rispondere, se e come un tale abbia disposto intorno della sua eredità; senza di essa si potrebbe inclinare perfino ad accettare come una disposizione d'ultima volontà l'intenzione manifestata di farla quanto prima.

specialmente (1). Eppure siffatto errore vi è dominante. La maggior parte delle sposizioni della storia del diritto romano altro non sono che l'istoria dei dommi, ch'è quanto a dire della legislazione e della dottrina, e non già una esposizione del diritto tal quale nella vita operava. Quindi in esse manca al domma lo sfondo vivente, è scisso il suo legame col mondo reale, in che posavansi i fondamenti ed i supposti della sua esistenza, e mercè cui si può giustificarlo ed intenderlo. Non è però da maravigliare se alcune instituzioni giuridiche assumono, per chi spregiudicatamente le risguardi, l'aspetto di caricature; se ad una incomprensibilità ne seguita un'altra. Siffatto errore, che i romanisti commettono alla giornata non interverrebbe ad uno storico di professione, che scrivesse la storia del diritto romano; e son persuaso che tornerebbe a gran pro della istoria del diritto romano, se gli storici di professione si fossero interessati maggiormente di questo oggetto (2). La ragione n'è evidente. Lo sguardo dello storico non si volge dal bel principio alle astrazioni ed alle formole giuridiche del passato, ma bensì alla sostanza della vita morale e giuridica nel suo complesso, laonde quelle formole non gli appajono mai isolate. Il giurista invece s'è fatto una seconda natura di non osservare nei rapporti reali che il lato puramente giuridico, e perciò quand'anche egli entra sul terreno dell'istoria del diritto romano, l'occhio suo si dirige esclusivamente, o di preferenza, al suo contenuto dommatico. A questo arrogi, che i fonti, donde il giurista ha da estrarre il materiale, sono i lavori dommatici dell'epoca, i quali non hanno quello sfondo di realtà, che accennammo; per la ragione naturalissima, che gli autori gli scrissero pei loro contemporanei e non pei futuri storici del diritto, e quindi non avean d'uopo di somministrare ai loro lettori i supposti necessarii ad intenderli, cioè l'intero quadro della

(1) La mia censura non s'estende alla trattazione storica del diritto romano pubblico, nè a quello del processo criminale.

(2) Io feci di buon'ora quest'esperienza col breve abbozzo dell'istoria del diritto romano nel noto capitolo 44 di Gibbon, senza che per verità sapessi rendermi conto allora della attrattiva ch'esso esercitava su di me, in confronto delle sposizioni più particolareggiate ch'io aveva letto fatteno da giuristi. In Gibbon mi s'offerse per la prima volta agli sguardi un tutto, breve sì, ma connesso e spirante, e nei secondi un sistema sgranato e sconnesso di precetti giuridici, di leggi, ecc.

vita romana. Laonde il materiale che l'istorico rinviene in siffatte opere è d'indole *deduttiva*, e *non descrittiva;* tal materiale benchè dell'età di Labeone e di Ulpiano ha nondimeno la tendenza dommatica, come se fosse attinto da un odierno compendio delle Pandette. Questo materiale dommatico vien poscia condotto per un doccione, anch'esso d'indole meramente dommatica, per un sistema di teoria del diritto, in cui non può albergare la vita coi suoi costumi, colla sua morale, poichè queste potenze, questi rapporti non sono concetti giuridici. E per questo gli istorici del diritto a vece della sua istoria, non ci forniscono in fondo che *dei compendii delle Institusioni* o *delle Pandette dei diversi periodi dell'istoria romana.* — Ci offrono delle esposizioni che un giudice di quei tempi avrebbe per avventura potuto adoperare con profitto a scopi pratici, ma che non possono servire per un giurista dei nostri che voglia comprendere la vita giuridica dell'antichità. Il primo avria secolui la conoscenza di siffatta vita, e l'apparecchio dommatico che gli si presentasse riescirebbegli tosto intelligibile, ma codesto apparecchio non somministra al secondo ciò che gli occorre, cioè l'imagine del diritto vivente del passato, ma gli porge soltanto la riproduzione della sua teoria.

In quella guisa che nell'antecedente paragrafo giustificammo l'eccitamento che dirigevamo ai trattatisti del diritto romano di non rimanersi paghi del modo con cui trovano formolata la teoria romana, così anche adesso ripetiamo il medesimo eccitamento in altro senso. L'elaborazione dommatica di qualunque epoca fatta da un contemporaneo non può prendersi a modello da uno storico posteriore, dappoichè il suo predecessore tace assai di ciò che dir potrebbe, perch'è superfluo pei suoi leggitori. A questo debbe supplire lo storico pel proprio pubblico con altri fonti storici. Alcun che può il contemporaneo aver taciuto perchè gli sfuggì, ma lo storico posteriore, cui sta dinanzi agli occhi tutto il corso dello sviluppo storico, e non, come a quello, una parte soltanto, deve procurare di discoprirlo. Il completamento della prima specie tende a connettere la teoria alla vita, quello della seconda a completarla dal suo interno, ed a spiritualizzarla. »

Non possiamo risolvere il problema propostoci nel nostro lavoro senza tentare questo completamento d'ambo i lati. Lo spirito del diritto romano non è, agli occhi nostri, lo spirito della teoria

nazionale di questo diritto. Non potremmo determinare lo spirito del diritto romano senza attaccarci allo spirito del popolo e dell'epoca, nè trapassarne dentro l'essenza e formarcene un giudicio, senza considerare le condizioni reali della vita, e l'attuazione del diritto. Ma non entra nell'intento nostro di dare un' istoria del diritto romano, di sporre in lungo ed in largo la teoria romana e la vita giuridica romana. Dopo le dilucidazioni datene nei due primi paragrafi, la ragione della nostra opera può esprimersi in due parole. Ci conviene intrattenerci dell'organizzazione psichica dell' organismo del diritto, e però che ella variò coi tempi, ci conviene occuparci del suo sviluppamento storico. Ora siccome quell' organismo non era una teoria, un sistema logico, ma la forma assunta dal diritto nella sua attuazione, così quest' ultima entra nella sfera della nostra esposizione, in quanto per essa viene avverata o spiegata l' organizzazione psichica del diritto. E perciò se pare che *lo spirito* del diritto ci serri l'accesso alla realtà materiale da un canto, la *natura reale del diritto* ce lo disserrerà dall'altro.

§ 5.

3. Esigenze racchiuse nel concetto dell'istoria. — La separazione dei fatti insignificanti. — L'interna connessione dei fatti ed il momento del tempo. — L'interna cronologia, o la determinazione assoluta e relativa del tempo giusta criteri interni.

I cangiamenti, cui il diritto, come tutto ciò che esiste, soggiace nel corso del tempo, è un fatto di per sè solo insufficiente ad autorizzarci a parlare di un' istoria del diritto. Se l' istoria non fosse altro che un giuoco variato di avvenimenti esteriori, una serie di mutazioni; v' avrebbe anche l' istoria del vento e del tempo, e l'istoria del diritto potrebbe limitarsi alla riproduzione cronologicamente ordinata delle leggi e delle consuetudini.

Ma il semplice buon senso avvisa tosto, che tutto ciò che avviene non è istoria, e quindi ancora che non cale all'istoria che accada qualcosa, ma sì l'importanza di quello che accade. Fino dall'infanzia dell'arte istorica si manifesta la separazione tra gli avvenimenti rilevanti e gli irrilevanti, gli storici ed i non idonei alla storia.

Come l'individuo opera ogni giorno ed ogni ora cose che niun biografo degna di riportare, così anche nella vita del genere vi hanno certe operazioni giornaliere, che il più scrupoloso annalista non rammenta, siccome fatti non istorici.

Ma nell'istessa maniera, che lo sceverare gli avvenimenti meritevoli dagli immeritevoli della storia è vario presso degli storici d'ogni tempo, così varia altresì, a seconda dei tempi e dei luoghi, la misura adoperata in far tale separazione. Quello che sembra degno di menzione al relatore contemporaneo è messo da banda come notizia vana dallo storico della generazione vegnente, ed a costui tocca il medesimo da parte del suo successore; quindi ogni età riceme il materiale ricevuto. Ma sul terreno del diritto la cosa è diversa; su d'esso è per avventura istoria tutto quello che accade? Non v'hanno forse leggi che per l'indole loro transitoria subordinata, od insignificante, sono per rispetto alla istoria del diritto quello che le consuete azioni di un individuo rispetto alla sua biografia? Si converrebbe egli che un futuro istorico rendesse all'epoca nostra l'onore di dinumerare tutte le sue leggi, le tasse del bollo, i periodi prescrizionali, ecc.? Siffatte leggi possono per verità essere importantissime pel presente, come il mangiare, bere, dormire, ecc., per l'individuo, ma che monta ciò all'istorico? La facoltà soggettiva che viene esercitando l'espositore scegliendo ciò ch'è importante, non è diverso da quella facoltà che esercita chiunque fassi a narrare il più piccolo accidente; un occhio che sappia sceverare ciò che rileva è qualità indispensabile ad ogni relatore. Chi per una falsa esattezza volesse comunicare tutto ciò che rinviene negli atti dovrebbe più presto leggerli che non riferirli, ed allo storico del diritto, che non sapesse risolversi a negare al lettore delle notizie storico-giuridiche da lui ritrovate, anzichè lo storico, si conveniva di fare il copista (1).

(1) Nessun esperto ignora che la storia del diritto romano di molte opere moderne è ridotta a divenire un magazzeno, dove con egual attenzione vien conservato ciò ch'è pregevole e che non l'è. La ragione, per cui gli storici del diritto trasandano la prefata esigenza elementare dell'istoria mi par questa, ch'essi non s'accingono a sciogliere il cómpito loro con piena libertà scientifica, che non espongono l'istoria del diritto colla mira rivolta ad essa, ma bensì ad altro scopo. È mestieri che l'istoria del diritto somministri la chiave della dommatica;

Procediamo a discorrere della ragione dell'istoria. L'istoria non consta di singoli avvenimenti importanti, ma l'essenza sua è la connessione loro, l'unità dello sviluppamento. In quella guisa che nell'arte istorica si appalesa in germe fino da' suoi primordi la facoltà di sceverare i fatti storici da quelli inetti alla storia, vi sorge altresì il sentimento della connessione istorica, merecchè il fatto, che dà l'origine a codesto sentimento s'insinua nell'anima per viva forza, quasi come l'altro, che non è meritevole di istoria tutto ciò che accade. Di buon'ora si avverte, che certi fatti degni d'essere partecipati, quantunque divisi di tempo, hanno in realtà una relazione scambievole, mentre per lo contrario altri fatti che convengono col tempo hanno fra di loro ben più fievole relazione che non i primi; ovvero con altri termini, *che l'interna parentela e connessità dei fatti è di ben maggiore rilievo che non l'esterna loro congiunzione a mezzo del tempo.* Ogni istoria, quantunque inconscia e con tenue profitto, ha la mira alla discoperta della connessione reale dei fatti.

Fra il primo tentativo incomposto di stabilire codesta connessione a mezzo d'un nesso causale esteriore, e all'audacia baldanzosa di dare forma dialettica al movimento storico, corre grandissimo intervallo; ma a tutti coloro che battono siffatta via è comune l'idea, che avendovi tra gli avvenimenti una connessione interna, la storia non consiste nel connettere quelli congiunti dal tempo e disgiunti pella sostanza. Tal connessione non è quella d'una catena, ma bensì è l'unità, ed il piano d'un'opera d'arte

questa è la costellazione funesta per gli istorici del diritto. Oltre dell'interesse storico, che solo ha ragione sul loro terreno, v'interviene eziandio l'interesse pratico-dommatico, che v'è affatto estraneo, e quegli istorici soccombono al conflitto dei due interessi. Ciò che lo storico dovrebbe lasciare come affatto superfluo, il dommatico lo richiede come sussidio esegetico, e poichè v'è una notizia storica, egli l'introduce nell'istoria. Se fra noi non vigesse il diritto romano le nostre istorie del diritto potrebbero servir meglio all'interesse storico, e sarebbero quindi migliori di quello che non sono adesso, che da molti vengono risguardate, in sostanza, soltanto come gli arsenali delle Pandette. L'interesse pratico di qualunque porzione o sezione dell'istoria intorbida la chiara attenzione al punto di veduta storico, e quello che non concerne la pratica è in fatto meglio appropriato all'esposizione istorica.

compiuta. Nei pensieri che si svolgono nell' istoria v' ha l'unità nella varietà delle apparizioni; si raggruppano essi ad un tutto armonico, non già come un moto perpetuo della dialettica, ma siccome un' azione libera di Dio.

Ora possiede egli anche il diritto un' istoria, ovvero è esso un gioco abbandonato da Dio al capriccio, un' altalena di mutazioni? Si potrebbe dubitarne avvisando alcuni periodi storici, in che il diritto pare lasciato in balìa di un individuo, ovvero l'epoche delle crisi politiche, dove il diritto serve alle passioni dei partiti, d'arma offensiva nelle mani del vincitore, e muta col mutare delle fazioni. Eppure, a malgrado di tutto quanto l'umano arbitrio, il diritto possede un' istoria, e v' ha in lui la mano direttrice d'Iddio, colla sola differenza che ivi non è sempre riconoscibile come nella natura. Ci si apprende Iddio nel fiore e nell' albero, dalle stelle, e dal loro numero inestimabile, e dalle leggi dei loro moti ci è additato il più sublime spettacolo della divina Onnipotenza. Ma di quanto lo spirito alla materia sovrasta, di tanto ancora l'ordine e la maestà del mondo spirituale sovrasta a quella del materiale. Più maraviglioso del moto dei corpi celesti nello spazio è il moto dei pensieri morali nel tempo, mercechè non girano questi senza ostacolo come le stelle, ma incontrano ad ogni passo l' impedimento dell' ostinazione umana, dell'ignoranza, e di tutti i cattivi geni dell'uman cuore. Che se anche, malgrado il conflitto delle forze contrarie, i principii morali si attuano, se il sistema planetario morale si muove coll'ordine e coll'armonia del sistema planetario celeste, è ciò una prova della divina Provvidenza più irrefragabile di quella, che attinger si possa dalla natura esteriore. Si parlò della poesia nel diritto, e per essa s'inteso l'espressione del suo comprendimento sensibile e sentimentale, quale annunciasi sotto diverse forme sul terreno del diritto. Ma è questa poesia d'indole subordinata, e che sostiene nel diritto una parte assai misera; la vera poesia consiste nella sublimità del suo intento, e nel suo moto, paragonabile, per la maestà e conformità, alla legge, al moto degli astri. Ora, il diritto romano si presta più di qualunque altro a comprovare nello sviluppamento del diritto questa poesia d'un ordine, d'un piano; l'istoria del diritto romano è a' miei occhi un artefatto non per anco superato, in cui la massima semplicità ed unità s'accoppia alla più ricca abbondanza nello sviluppo. La maggior

parte delle sposizioni della storia del diritto romano contraddicono per verità direttamente a questa opinione. A vece di provarci l'unità del movimento istorico di tutte le instituzioni, esse ci rappresentano una serie di cambiamenti, che pare nulla tengano di comune; le prefate esposizioni scindono il materiale in istoria del diritto interna ed esterna, partiscono in periodi la seconda (metodo sincronistico) e non la prima (metodo cronologico), e quindi negano anticipatamente l'istoria del diritto nella sua totalità. La ragione con che essi cercano di giustificare siffatta condotta, che le singole instituzioni non si svilupparono egualmente, e che quindi non possono racchiudersi in periodi eguali, non suona altro se non che, le instituzioni giuridiche hanno bensì un'istoria, ma non l'ha il diritto come tutto (1).

La celebre istoria del diritto di Hugo congiunge bensì l'istoria interna del diritto all'esterna, e le tratta ambedue nei medesimi periodi; ma così l'unione loro, come quella dei periodi, è affatto esterna, ed il sistema sminuzzatore è appunto in essa spinto all'ultima estremità (2).

(1) Io non posso occuparmi presentemente della ricerca, se questo modo di trattazione non si possa giustificare, per ragioni metodiche, nell'istruzione accademica.

(2) I periodi d'Hugo altro non sono che stazioni, ove si soffermano le singole instituzioni, e d'onde, posciachè vi convennero tutte, si movono ad una ad una per continuare il loro cammino. Un'instituzione non si prende pensiero dell'altra, e le singole instituzioni null'altro tengono fra di loro in comune, se non che esse debbono ritrovarsi alla medesima stazione. Alcune si riposerebbero di buon grado prima, altre per contra sorpasserebbero la stazione, giacchè sono nel colmo del moto appunto quando incontrano le altre, e tuttavia debbono arrestarsi dove Hugo lo impose loro. Ma Hugo vanta nei suoi periodi il pregio, che si procaccia possibilmente di ottenere anche nelle stazioni postali, cioè l'eguaglianza di lunghezza, e tenta di cattivarsi l'animo del lettore osservando: che *le partizioni, come e quante ei le fa, servono quasi unicamente al comodo del lettore* (ed a ciò stesso serve forse il mettere in rilievo certi avvenimenti). Ma siffatta idea sembra avere per fondamento l'altra, che le forze di un fanciullo debole sono insufficienti a camminare di conserva coll'istoria, la quale, senza stancarsi, continua ininterrottamente il suo corso. Laonde tutto dipenderebbe

Ma è poi vero che le singole instituzioni non subiscano un omogeneo sviluppamento? Sarebbe egli possibile, che una istituzione servisse a questo pensiero, ed un' altra a quello, ovvero che, riproducendosi in tutte le instituzioni i medesimi pensieri, nell'una succedansi con un ordine, ed in un' altra coll'ordine opposto? Se ciò fosse, non si potrebbe più parlare d'istoria del diritto, dappoichè dove ogni parte si muove *indipendente* non vi è un tutto, non v'è unità.

Laonde, affinchè si possa discorrere di un' istoria del diritto, si conviene di viva forza supporre una certa uniformità e contemporaneità nel movimento delle singole instituzioni. Codesto supposto regge infatti, e ciò che rileva è di non lasciarsi ingannare dall'apparenza del contrario. Se tale uniformità non la si discopre, ciò nasce perchè se ne giudica in modo troppo meccanico, perchè non si pon mente all'eguaglianza interna delle forze motrici, ma sibbene all'esteriore forma di loro manifestazione, e perchè si rinserra la contemporaneità in un periodo ch'è troppo breve pel diritto.

Esaminiamo distintamente ambo i prefati punti.

I. *Omogeneità del movimento storico.*

Nessuno avrà difficoltà di ammettere una infermità, ovvero una totale trasformazione di un organismo, quantunque essa non si appalesi in alcuna delle sue parti meno nobili. Laonde, se parlasi di un totale rinnovamento dell' organismo del diritto, nessun esperto pretenderà ch'ei si convenga provarlo in ogni atomo del medesimo. Ai pensieri fondamentali, che furono causa di tal rinnovamento, non sarà stato consentito di manifestarsi in alcune

dalle forze del lettore; e se si domandasse, se convenga arrestarlo piuttosto a Cicerone che non ad Augusto, ad Alessandro Severo, che non a Costantino, si potrebbe avere anche riguardo alla sua predilezione per l'una o l'altra di queste persone.

Rimpetto a codesto sistema arbitrario, e sminuzzatore d'Hugo, merita la preferenza il metodo dominante di far percorrere ad ogni instituzione tutto il suo cammino, da sola bensì, ma senza interruzione; se esso non porge l'istoria del diritto, dà almeno quella delle singole instituzioni giuridiche.

particelle del diritto, perchè queste non reagiscono sopra di quelli.

Anche l'istoria del romano diritto nulla avrebbe sofferto dalla prefata osservazione, che l'istesso fenomeno non si ripete in ogni punto del diritto. La limitazione, che a lei torna pericolosa, è quella di non avvisare l'omogeneità nelle metamorfosi delle singole instituzioni. Codesta omogeneità è meccanica ed evidente nel minor numero di casi. Mi è d'uopo di qui richiamare un'osservazione fatta altrove (pag. 25), che l'eguaglianza delle manifestazioni è indizio di debolezza, e che dalla varietà delle forme vien palesata la forza. Anche nel diritto l'inverno è quello che si veste d'un solo colore, le altre stagioni si ammantano di varii.

Ma questa varietà nelle forme di manifestazione torna non di rado pericolosa alla conoscenza dell'interna omogeneità. Il Proteo dell'istoria sorge or qua or là, di mezzo al flusso e al riflusso delle istoriche apparizioni, sotto mutate spoglie, e, cambiando forme, tenta d'illuderci. A tale pericolo sfuggir non possiamo che rifiutando l'immagine ingannevole dell'apparizione, misurando quest'ultima non già coi pensieri che galleggiano alla superficie, ma con quelli che ne costituiscono l'essenziale midollo. Per rinvenirli è mestieri d'una certa ampiezza d'astrazione, di salire dai pensieri più prossimi (che radendo l'individualità delle instituzioni, sono di necessità varii d'apparenza), sino al punto più astratto ed a loro comune di unità. Onde darne un esempio attinto dalla sposizione nostra avvenire, l'introduzione del processo per formole, i privilegii dei soldati e delle donne ec., la condanna nell' *id quod interest*, anzichè nel valore oggettivo della cosa, il riguardo all'assenza (*absentia*), l'azione *injuriarum æstimatoria* ec., sono instituzioni nell'esteriore affatto diverse, ma che però ritrovano il loro punto di riunione nella tendenza individuale del diritto romano dei tempi posteriori. Parimenti la interpretazione grammaticale propria della giurisprudenza romana più antica, nulla, a primo tratto, ha di comune colla preponderanza della cosa e della forza fisica nel diritto più antico, eppure entrambi ridur si possono sotto il punto di veduta della prevalenza dell'esteriorità.

II. *Contemporaneità del movimento storico.*

Lo spazio di tempo con cui si misurano le condizioni costanti o gli avvenimenti passaggeri è notoriamente relativo, e lo si determina giusta la lunghezza o la brevità del tempo che occupa l'oggetto da misurare. Perciò tal volta un anno è uno spazio già troppo lungo, tal'altra un secolo è troppo breve; siamo avvezzi a contare per anni nella istoria politica, e trasportiamo questa misura all'istoria del diritto, senza interrogarci se vi corrisponde? Noi mostreremo più tardi che la risposta a tale interrogazione deve essere negativa, che l'istoria del diritto richiede uno spazio di gran lunga maggiore dell'istoria politica. Noi rileviamo qui codesto errore unicamente nella sua applicazione al postulato della contemporaneità nel movimento delle singole instituzioni.

Se la si misura ad anni, tale conformità di tempo non esisterà quasi mai, e ciò non solo a cagione della lentezza dello sviluppo del diritto in generale, ma si eziandio a cagione della diversa mobilità delle singole instituzioni. Alcune di esse si distinguono per la pesantezza e la tenacità, altre per la mobilità e la arrendevolezza, e quindi il processo di sviluppo che nelle seconde si compie con facilità e senza fatica nel giro di un secolo, si prolunga nelle prime per un lavoro faticoso di molti.

Laonde per atto d'esempio, il diritto pubblico ed il privato, la procedura criminale e la civile; e nel diritto privato, le diverse sue parti non procedono paralelle. Il diritto di famiglia, ed anche quello di eredità (in quanto ha attinenza col primo) sono più lenti e meno arrendevoli che non il diritto delle cose, e questo manifesta ancora maggiore fermezza nelle cose immobili che nelle mobili, e, riguardo a quest'ultime, nelle relazioni giuridiche proprie del commercio si appalesa la massima suscettività di nuove formazioni.

Laonde, benchè l'istesso processo di formazione fosse incominciato ad un tempo in tutte le instituzioni, pure l'esito suo ulteriore dipenderà dalla prefata diversa attitudine loro, e giusta questa diversità, esso per avventura può essere già compiuto in una instituzione, quando nell'altra appena cominciò a dispiegare la sua intera attività. Quindi non può eleggersi alcun anno nel lungo periodo corso tra le dodici tavole e Giustiniano, e nemmeno

una sezione di 50, o 100 anni, come misura normale di tutte le instituzioni, tale periodo converrebbe ad alcune, per altre sarebbe troppo breve, e per altre troppo lungo.

Ma che sorge da tutto ciò? Non già la mancanza della contemporaneità, ma soltanto il bisogno che essa misuri un maggiore spazio. In quella guisa che l'identità del movimento che noi scrutammo nelle singole instituzioni possiede, riguardo alla forma sotto di che si manifesta, una certa elasticità, accade il medesimo riguardo al tempo in cui tali forme delle instituzioni appariscono. Riguardo ad entrambi questi punti l'importante è che si adotti un giusto metro. Determineremo in seguito con distinzione maggiore questa più libera commisurazione del tempo nell'istoria del diritto, e vi daremo ancor maggiore ampiezza; per adesso teniamoci paghi del risultato, che scegliendo opportunamente i punti di vista, si rinviene sicuramente nello sviluppamento delle singole instituzioni quella conformità che ci additano i nostri storici del diritto.

Codesta conformità nel moto delle singole parti si suppone bensì, onde si possa discorrere di un'istoria della totalità del diritto, ma ella non è la cosa istessa di questa. Il moto dell'insieme delle singole instituzioni esser potrebbe un gioco incondito e sregolato di cangiamenti conformi, ed allora non si potrebbe far parola di un'istoria del diritto. Non basta quindi mostrare che le singole instituzioni compiono in egual spazio gli istessi stadii, ma sì ancora è uopo che v'abbia un'interna connessione nel succedersi di loro diverse fasi, e che perciò dall'istoria del diritto emani l'impressione dell'unità, così dal punto di veduta di un singolo momento di tempo proposto, come da quello dell'intera succession del suo corso, od in altri termini: che v'abbia unità così nella contemporaneità, come nella successione, in largo siccome in lungo. Che nell'istoria del diritto v'abbia tale unità successiva possiamo ammetterlo *a priori*. Infatti, come l'individualità d'un popolo non è l'indomani diversa dall'oggi, e la sua vita esterna ed i suoi rapporti non vanno per salti ed a capriccio, così ciò non può avverarsi nemmeno nel movimento corrispondente del diritto. Se havvi là unità di sviluppo, questa deve

esistere anche qui. Se non che quanto è facile di dedurre *a priori* codesta unità, pare che riesca altrettanto malagevole di provarla in un diritto determinato. È ben naturale che dar non si possa un ammaestramento in proposito, ma si può istruire negativamente, allontanando un ostacolo, che a me pare sia tornato di grande svantaggio. Siffatto ostacolo è l'influenza indebita che qui si attribuì al momento del tempo. All' anzidetta osservazione si può aggiungere l' altra, che l' interna connessione a mezzo dei fatti è più importante dell' esterna a mezzo del tempo. Questa osservazione è di somma importanza nell' istoria del diritto; in questa il momento del tempo ha significanza assai minore che nell' istoria politica. Svilupperemo adesso più particolarmente tanto *il significato del momento del tempo nell'istoria del diritto*, quanto le conseguenze che ne scaturiscono per l' esposizione.

Codesto significato è primieramente, che su di questo terreno l'istoria agisce molto lentamente, e che impiega assai a produrre poco. Per verità in breve tempo possono promulgarsi molte leggi, ma io non risguardo ogni legge siccome un avvenimento storico. Le leggi possono incalzarsi alla maniera che fanno le nubi quando il cielo è sconvolto, ma se le prime passano colla rapidità delle seconde e non lasciano alcuna traccia, io non le annovero tra le produzioni, onde parlo, ma bensì tra i ritagli, e le scheggie che si spiccano dall' opera dell' istoria. La fecondità dell' istoria del diritto ha per intenzione lo sviluppamento dell' organismo del diritto, e non si annuncia per ciò che questo consuma, ma per ciò che digerisce. Codesto lavoro procede assai lentamente, e forse in dieci secoli non produce tanto, quanto produce in uno l'istoria della politica, dell' arte, della letteratura. Radi sono pel diritto i casi, in cui esso vien posto in veloce moto da impulsi violenti ed improvvisi, in cui, se lice dirlo, col processo della formazione vulcanica, erutta nuovi strati omai pronti; anche nel diritto un lungo spazio preparatorio deve precedere l'improvvisa eruzione. È regola che siffatti strati si formino, e si dispongano per mezzo d'una deposizione sommamente lenta ed insensibile di atomi, di maniera che molti secoli posson occorrere a costrurre una nuova formazione (1). Il motivo di tale straordinaria lentezza del

(1) Anche in tale rapporto la lingua tiene grandissima analogia col

diritto è facile a rinvenire; è quell' istesso per cui lo sviluppo del carattere avviene per vie più lente e faticose, che non sia quello dello sviluppo intellettuale. Ha poco pregio quel carattere individuale e quel diritto (questo non è altro che il carattere dell'individuo popolo) che cangia continuamente, che è in perenne moto e tensione giusta il modo della attività intellettuale. Certa fermezza ed ostinazione è in entrambi indizio di salute e di forza. Se ogni generazione da sè respingesse il diritto tramandatole dal passato *siccome cronica malattia*, e surrogar vi volesse *il diritto che nasce con lei*, allora declinerebbe rapidamente l'efficacia del diritto sugli animi, ed il diritto rotando assiduamente correrebbe alla sua rovina. Quanto in uno stato la produzione del diritto è più facile, rapida e copiosa, la forza morale è di tanto minore (1); quanto più son rade tali produzioni, quanto è più lungo l'intervallo che corre tra il concepimento ed il parto, quanto più dolorose ne sono le doglie, è di tanto più solido e robusto il frutto. Quindi il diritto non può prosperare che presso di un popolo di forte volere, dappoichè soltanto presso di questo popolo la forza conservatrice e la progressiva sono contemperate in modo, che il diritto non possa altrimenti che dolorosamente partorire. Cito ad esempio l'antica Roma e l'Inghilterra; dell'opposto estremo, di concepimenti e parti compiutisi velocemente, pur troppo non conviene penare a rinvenire i riscontri.

La pesantezza e la lentezza del diritto da noi svolte or ora, possono in altri termini esprimersi anche così: il diritto abbisogna di lunghi spazii per le sue produzioni. Allato a codesta proprietà della relazione del tempo coll'istoria del diritto, devesi collocare l'altra, della mancanza di precisione, dell'incertezza del momento di tempo. L'ultima non è in necessario rapporto colla lunghezza degli spazii; dappoichè questa può accompagnarsi colla precisione massima del tempo, e per contrario la brevità degli spazii può accompagnarsi colla mancanza di precisione.

diritto. La diversità del carattere nazionale produce anche nella lingua una gradazione rilevante d'arrendevolezza, onde si può additare, a modo d'esempio, il maggiore attaccamento del dorico all'antico, e la più versatile volubilità dei dialetti della razza jonia.

(1) *Perditissima republica plurimæ leges.* Anche negli individui la fertilità di buoni disegni è indizio di debolezza di carattere.

Si può determinare il giorno e l'ora della promulgazione di una legge, e se l'istoria del diritto altro non fosse che l'istoria delle leggi, potrebbe per alcune epoche dominarvi la massima cronologica esattezza. Ma quanto è più importante costantemente per la pratica il momento di tempo, in cui acquista vigore una legge, tanto minore è la sua importanza nel rapporto storico. L'epoca della legge può tornar utile anche all'istoria come solo punto esterno di appoggio, ma non esageriamone il valore. Nulla sarebbe più erroneo dell'opinione, che l'origine dei principii giuridici espressi nella legge, combaci coll'origine della legge. Anzi l'una può distar molto dall'altra. Recbiamoci a memoria ciò che dicevamo sviluppando il modo di formolare i precetti giuridici. Un precetto giuridico può aver avuto vigore nella vita lunga pezza prima che la legge lo sanzionasse, ed è mero accidente, che lo si esprimesse in quel momento più presto che prima o dopo. Quale stravolgimento non sarebbe egli adunque di fissare all'origine di quel principio l'epoca della legge?

Ma questo punto di appoggio esteriore della promulgazione delle leggi manca eziandio ben di sovente. Quante leggi importanti non ci si parano dinanzi nell'istoria del diritto romano, onde non ci viene indicato nemmeno il secolo in cui caddero? E quante produzioni non rampollano dal terreno del diritto senzachè le si esprimano in veruna legge. Non si può assegnare alcuna epoca a ciò che è messo alla luce per via consuetudinaria dalla forza creatrice della vita, o dalla pratica dei tribunali, o cui la scienza dà corso od accoglie. O dovremmo noi apporci l'epoca della prima volta, che lo si accenna nei nostri fonti, e ritenere l'anno, in cui si discopre nella letteratura conservataci come il primo della sua esistenza, mentre n'è forse il cinquantesimo od il centesimo? Le egregie gesta di singoli individui, le battaglie e gli avvenimenti maravigliosi, ed anche le leggi importanti vengono narrate accuratamente, perchè cadono sotto degli occhi, e, riguardo al tempo, in un anno determinato, e nessun annalista che faccia il racconto di quell'anno li trasanderà. Al contrario lo svilupparsi lento ed inosservabile del diritto dalla vita, sfugge con facilità all'occhio, e di rado attinge un compimento cadente in un'epoca determinata, e tanto romoroso, che si possa assegnarlo, quasi che fosse un avvenimento, ad un certo anno determinato. Onde il prodotto del diritto di tal maniera

formato (appunto perchè la sua formazione non è romorosa, nè cade in un anno determinato) cammina furtivo ed inosservato per qualche anno, finchè il caso gli fa acquistare la prima forma scritta; e quella pure può il caso involarla alla posterità. Meditando sull'organismo del diritto (§ 3), noi vi scopriamo un triplice ordine di membra: i precetti, le definizioni e la sua organizzazione psichica. La precisione cronologica dovrebbe in genere decrescere di tanto quanto più si sale nell'ordine delle membra dal particolare al generale. A formare un precetto giuridico è mestieri di minor tempo che non per una definizione, e di nuovo occorre minor tempo per questa, che non per un rivolgimento nel modo di concepire il diritto. La giustezza di siffatto principio acquista speciale evidenza nei periodi dell' istoria, in cui tocca precipuamente al legislatore di formolare i precetti giuridici, ed allora lo si potrebbe esprimere anche così: il legislatore agisce con più celerità della dottrina, questa più dello spirito popolare; e più è lenta la produzione e più indeterminata è l'epoca del suo conchiudimento.

Dall' anzidetto è sufficientemente dimostrato che la cronologia dell'istoria del diritto per le età lontane e scarse di fonti non può rendere che servigi assai imperfetti. Ella può indicare l'anno ed il giorno di alcune leggi indifferenti, ma degli avvenimenti più importanti, del rivolgimento delle idee e del cambiamento del diritto che ne consegue può appena indicare il secolo. È quindi necessariamente pieno di lacune il novero degli anni, a cui le sue fonti la abilitano, e le singole notizie sue ben di rado discoprono, per le cose antedette, il vero momento di un fatto storico giuridico. Laonde assai poco conto si convien fare dell'utile immediato di una cronologia sì imperfetta. Però, quando avremo assegnato ciò che intendiamo di surrogare al suo posto, si farà palese l'alto suo pregio mediato.

Siam giunti alla conchiusione, che il momento del tempo ha pell'istoria del diritto minore importanza che pell'istoria politica, avvegnachè il moto del diritto è più interno, e quindi assai lento ed inosservabile, e perciò lunghi ne sono i periodi ed indeterminati i momenti.

Non facciamo che esprimere con altre parole l'istessa conchiusione dicendo: lo storico del diritto ha da misurare il tempo con un metro più ampio ed elastico che solitamente non s'usa. Quanto

più brevi sono i confini di tempo e di spazio di un oggetto, tanto più esatta può essere la misura del tempo e dello spazio, e più vicino il punto fisso dell' osservazione; ma quanto più grandi sono le dimensioni nel tempo o nello spazio, e tanto più grande deve essere il metro, e più distante il punto fisso dell'osservazione, onde si possa raccogliere una giusta impressione totale, e balzi agli occhi la connessione dell' oggetto. Laonde l'istorico del diritto non potrà prendere per fondamento gli spazii più brevi segnati dagli anni, che converrebbero all' esposizione dell'istoria politica, senza rendersi sommamente difficile il raggiungimento del suo ultimo scopo, la discoperta del complesso di fatto nello svolgersi del diritto. Anzi egli dovrà apparecchiarsi anticipatamente a tener dietro a siffatto svolgimento per lungo tratto di secoli, ed a lasciare, per così esprimerci, tempo al tempo di farglisi intelligibile. Parimenti se il corso di tale svolgimento lo obbliga a fissare una sezione di tempo, non adotterà un anno determinato siccome limite, oltre del quale non possa lasciar trascorrere lo sguardo, e donde debba più tardi ricominciare. Dappoichè, quand' anche l'istoria istessa lo abbia coadjuvato a stabilire quest'anno normale, ed abbia fissato la breve striscia di un atto siccome confino esterno di separazione tra due periodi nell'interno separati, pure, anche in questa ipotesi più favorevole, cadrà al di qua dell' anno normale qualcosa che appartiene al periodo seguente, oltre di esso qualcosa che spetta al periodo antecedente. In tale emergenza adunque una trinciata separazione giusta le facce del tempo, dividerebbe ciò ch'è connesso, e porrebbe a fascio indistintamente l'eterogeneo. A conservare codesta connessione, dovrà quindi l' istorico del diritto assegnare per confine ai suoi periodi, anzichè lo spazio di un anno, per avventura quello d' un secolo, e riserbarsi inoltre di anticipare qualche apparizione, che cade nel periodo posteriore, e viceversa di collocare nel periodo seguento di quelle che spettano all' antecedente. Dovrassi quindi concedere di necessità ai periodi dell'istoria del diritto una certa elasticità. Questo postulato in conclusione non importa altro, se non che l'applicazione della legge fondamentale superiormente stabilita, che l'interna parentela dei fatti è più importante che non l' unione loro a mezzo del tempo. L' istoria di qualunque diritto proverà, che i precursori di un nuovo sistema compajono di già finchè l' antico è ancora

in pieno vigore, e che viceversa i refrattarii di questo possono tardar tanto, che nel frattempo quello sia giunto a conseguire la più completa balía. Quei precursori potranno giustamente apprezzarsi solo dal punto di vista del nuovo sistema, come questi refrattarii lo potranno soltanto da quello dell'antico. Codesta loro sistematica relazione, non già il loro rapporto cronologico, assegnerà ad essi la conveniente postura.

La discussione ci ha condotto tanto innanzi, che non ci rimane più che un passo, affinchè nel caso, non infrequente nell' istoria del diritto, di un conflitto tra il momento del tempo e quello della connessione reale dello sviluppo istorico (tra il momento cronologico ed il sistematico) noi dichiariamo il primo per accessorio ed il secondo per essenziale e determinante. Il sistema deve respingere il tempo, conviene che il primo si svolga liberamente da sè senza che il tempo lo angustii, ed il secondo deve introdursi soltanto allora che possa venir foggiato a momento sistematico. L' importanza, che nell' istoria del diritto è indebitamente attribuita al momento del tempo, mi spinge per avventura nell' estremo opposto, in quella guisa che solitamente un estremo ne chiama un altro. Ma fin qui non s' è offerta ragione di dubitare della aggiustatezza di codesto modo mio di vedere, onde ora intendo di tentare la giustificazione.

I due opposti estremi possibili sarebbero: ordinare l'istoria del diritto esclusivamente secondo il momento del tempo, ed appuntare la mira unicamente all' interna connessione dello sviluppo, sdegnando di addurre alcuna data. Quel primo estremo, ch' è il metodo di esporre dell' annalista, non suppone nè procaccia la conoscenza dello svolgersi complessivo del diritto; tal metodo non darebbe nemmeno la prima spinta ad un'istoria del diritto, e da siffatto punto di vista non si potrebbe accostarsi al momento sistematico, e sarebbe poi assolutamente impossibile di fondere insieme entrambi i momenti.

Coll'opposto estremo accade tutto il contrario. Supposto che riescisse di afferrare veramente e di esporre la reale connessione dello sviluppo del diritto (onde dirassi diffusamente più tardi)

con ciò sarebbe raggiunto l'intento essenziale dell'istorico; e quanto mancasse, si potrebbe con facilità inserirlo dopo, mentre la mancanza non cadrebbe che sui numeri degli anni, che sono la parte del tempo meramente *accidentale* (1) ed esterna. Con questo metodo non si offenderebbe il momento cronologico, come col primo si offende il sistematico: il tempo nega il sistema, mentre invece il sistema accoglie in fatto, (anche senzachè l'espositore il voglia od il sappia) l'essenza del momento del tempo, dappoichè la descrizione dello sviluppo reale del diritto (ch'è quella ch'io chiamo sistema), va di pari col tempo. L'avanzare del sistema involge per viva forza l'avanzare del tempo, ma non viceversa, mentre il tempo non è la *vis movens*, ma la cornice soltanto in cui avvengono le evoluzioni del sistema. Un cangiamento nell'obbietto argomenta necessariamente un cambiamento nel tempo, e chi avvisò sistematicamente, e realmente il rapporto dei cambiamenti dell'oggetto, saprà nell'essenza ordinarli alla maniera che si succedono nel tempo. Più innanzi svilupperemo con maggiore ampiezza codesto pensiero del movimento parallelo del sistema e del tempo; per ora basta ci si accordi, che il metodo che tiene unicamente di mira il momento sistematico discopre la connessione reale delle cose, e quindi il nocciolo essenziale dell'istoria, e ch'esso può accogliere in sè ad ogni istante anche il momento del tempo fino ai suoi più minuti particolari.

Ma si può in fatto raggiungere siffatti scopi col solo metodo sistematico. Se per l'istoria del diritto romano dalle dodici tavole fino a Giustiniano non ci venisse porta alcuna data, potremmo noi disporre cionullostante la materia secondo la vera successione storica? Lasciamo per un momento l'istoria del diritto onde pigliare un altro esempio, cioè l'istoria della formazione della superficie della terra. Il geologo, che deve esporla manca d'ogni

(1) Uso qui la parola *accidentale* nell'istesso senso che dicesi *accidente*, che in uno spazio determinato di tempo morissero certe persone, quantunque, giusta le osservazioni statistiche, si riguardi anticipatamente siccome *necessario* che della popolazione muoja un tanto per cento. Del pari si può bensì comprendere e dimostrare il perchè un avvenimento istorico cadde nel tal secolo, ma non il perchè cadde in quell'anno e in quel giorno.

esteriore testimonianza sul tempo, non fu a lui tramandato con qual ordine, ed a quali intervalli accadessero i cambiamenti della superficie della terra. Eppure egli può dimostrare in modo irrefragabile quest'ordine, anzi può persino, benchè usando una misura assai larga, stabilire il tempo trascorso sopra di queste formazioni. Dappoichè l' istoria ch' egli espone si è incrostata nell'oggetto medesimo, il momento del tempo si espresse in modo corrispondente nello spazio; gli strati ed i sistemi, onde si compone questa istoria, giacciono disposti gli uni sopra degli altri nell'ordine, con che si succedettero nel tempo, e siffatta successione di luogo e di tempo non è una accidentalità, ma una necessità sistematica, cioè fondata nella natura dei diversi strati. Però qui la connessione sistematica fa l'uffizio di cronologia; ciò ch'è diviso nel sistema è anche diviso nel tempo, e la vicinanza e la lontananza sistematica è, se può dirsi, la misura della distanza cronologica. Laonde qui l' istante del tempo si appalesa nella massima dipendenza dall' istante del sistema; questo muovesi, come accennai superiormente, di pari con questo, e consegue d'altronde la massima autenticità, poichè non è esterno, non è una cornice dell'oggetto, ma si è incarnato nella cosa istessa.

Ma siffatta guisa di determinare il tempo giusta criterii sistematici non è ristretta all' istoria della natura, e regge eziandio sul campo del mondo morale. Pigliamo ad esempio l'istoria d'una letteratura e d' una lingua. Se allo storico della letterattura ed all'etimologista fossero additate le opere principali della letteratura tedesca dalla sua origine sino ad oggi, divise per periodi di mille anni, confuse l' una coll' altra, ed ommesse le date, non verrebbegli fatto tuttavia di determinare, dietro criterii interni, l'ordine di tempo con cui si succedettero, e di scrivere l'Istoria della lingua e letteratura tedesca, cui più non mancherebbe che di registrare gli anni? E se poi gli si somministrasse per ogni periodo soltanto alcuni punti d'appoggio cronologici esterni, egli sarebbe in caso di supplire eziandio al difetto delle date.

Non sarebbe ciò possibile anche pel diritto; non si potrebbe, avendo sott'occhio le fasi diverse d'un istessa instituzione giuridica, raccogliere pur da esso qual sia più antica, e qual più recente? Investighiamolo più da vicino.

Quindi innanzi nominerò *cronologia interna*, determinare il tempo dietro criterii interni, e le contrapporrò, siccome *esterna*,

quella che riposa sulle testimonianze istoriche esterne. Sul rapporto vicendevole che le governa potrebbe stabilirsi la regola seguente. Quanto più concreto ed individuale è un avvenimento istorico, quanto maggiore è la sua dipendenza dalla libertà personale, e quanto più circoscritto è l'istante determinato di tempo in cui cade, minor servigio potrà prestare l' interna cronologia, ma per contrario con maggiore agevolezza la cronologia esteriore rileveralla dalla cura. Invece quanto uno sviluppo è più impersonale ed interno, quanto è più naturale la sua figliazione, quanto più lentamente s'opera, quanto meno il suo cominciamento, o la sua fine cade in un istante determinato di tempo, e tanto più provasi insufficiente l'esterna cronologia, e più necessaria, certa, e sicura dell'esito discopresi l'interna.

Questa regola applicata al diritto mena alla conclusione irrepugnabile, che in lui esiste in sommo grado la possibilità della interna cronologia, ed in un grado tanto maggiore, quanto più lo sviluppamento di un diritto determinato è foggiato da natura, e però quanto più gran parte la consuetudine prende nella sua creazione; viceversa la possibilità di tale interna cronologia è tanto minore, quanto la costituzione intraleia più l'efficienza delle forze generali procreatrici del diritto, e ne assoggetta lo sviluppamento alla volontà d' un solo. Laonde l' ordinamento del diritto colla scorta della interna cronologia, è applicabile in sommo grado al diritto romano fino all' epoca imperiale avanzata.

Siffatto metodo cronologico di determinare il tempo incontrerà la difficoltà minima quando non procederà *in via assoluta*, cioè non scruterà il tempo in cui cadono i singoli avvenimenti storico-giuridici, ma si limiterà a rintracciare *relativamente* l'ordine loro di succedersi. I tre sistemi di diritto, onde più tardi indicheremo le note caratteristiche, recano l' età e successione loro scritta in fronte con tanta chiarezza, che nessun intelligente può desiderarne un' estrinseca testimonianza. Vale lo stesso per chiunque s' intenda di leggere tale scrittura riguardo alle diverse fasi nello svolgersi delle singole instituzioni. Si raffrontino, a modo d' esempio, le forme diverse del matrimonio; chi tosto non s' avvedrà che il matrimonio colla *manus* è più antico di quello senza la *manus*, che delle forme onde si contraeva il primo, quella per *confurreatio* è più antica della

coemptio? Si pigli poscia l'erezione del testamento nei comizj, per *aes et libram*, la forma del testamento pretorio; l'adizione dell'eredità per *cretio*, *hereditatis aditio*, *pro herede gestio;* le forme obbligatorie del *nexum*, della *stipulazione*, e l'obbligarsi col solo consenso; la rivendicatoria colla formola della *legis actio sacramento*, della *sponsio*, della *arbitraria actio;* l'esercizio della giurisdizione penale pei comizj, per le *quæstiones perpetuæ*, per un giudice solo; le pene del *sacer esse*, del *confino*, della condanna *ad bestias*, *metalla*, ecc.; il processo colle azioni di legge, per formole, la procedura *exstra ordinem;* la esecuzione personale, la *bonorum venditio*, il *pignus ex causa judicati captum;* il legato, il fedecommesso; l'erezione delle servitù, e la manomissione, colle solennità e senza, ecc.

In tutti questi casi, chi ha d'uopo di chiedere l'ordine successivo delle diverse forme? Il diritto, come tutto quello che nasce e muore, possiede per ogni grado del suo sviluppo un tipo determinato; e quanto meno il giovane può recar seco le sembianze d'un vecchio, e l'uomo quello d'un fanciullo; così le idee giuridiche, che empiricamente spettano ad una certa età (come verbigrazia sarebbe la proprietà dell'infanzia del diritto, che in esso preponderi la religione) si possono scindere tanto meno dall'ordine loro interno. Divisare la pena come atto religioso espiatorio, o come privata indennizzazione, o come interessamento dello stato pel costume, addita diversi gradi di civiltà, onde l'ordine di succedersi è, quantunque volte tali gradi reggano, necessario. Sulla precedenza delle diverse formazioni giuridiche si possono stabilire certi assiomi generali, verbigrazia, che l'instituto giuridico comparativamente più perfetto è più giovane del meno perfetto, che la via diritta fu rinvenuta dopo della via tortuosa (com'è, per mo' d'esempio, il compimento mediato di un affare giuridico a mezzo di atti apparenti, finzioni, ecc.), che il comprendimento materiale, esterno, e la interpretazione grammaticale precedettero di tempo il comprendimento interno, spirituale, e l'interpretazione logica. Alla giurisprudenza comparativa dell'avvenire potrà darsi il cómpito di divisare una teoria connessa delle diverse età del diritto, da surrogare a queste staccate astrazioni; un dei problemi è questo della fisiologia del diritto; la quale per altro, come superiormente toccammo, è tuttavia nell'infanzia. La ragione del pre-

sente nostro lavoro ci costringerà ben di rado a rifuggire a siffatti assiomi generali, dappoichè i punti cronologicamente certi ci varranno d'appoggio per determinare gli incerti.

Codesti punti di appoggio sono affatto indispensabili per l'ufficio di determinare il tempo *in via assoluta*, cui adesso ci indirizziamo. A fissare l'epoca cui appartiene una forma del diritto trasmessaci senza indicarla, occorre di conoscere il carattere dei diversi tempi, le proprietà loro in ideare ed in foggiare la materia del diritto. Questo è il luogo, in cui la esterna cronologia può renderci i servigi più segnalati. Di questi però noi possiamo ricompierla lautamente in doppio modo, primamente con empiere le lacune da essa lasciate, e secondamente elevando alla sua vera importanza l'istante del tempo, ond'essa non mostra che un canto parziale ed esteriore. Tale doppio intento si può attingere per una sola via, cioè per quella d'indagare la disposizione degli strati, ovvero dei sistemi della formazione del diritto. Potrassi veramente, anche senza porsi per questa via, collocare singole apparizioni storico giuridiche, per cui manca ogni data di tempo, al sito opportuno giusta la somiglianza o la parentela che esse tengono con altre cronologicamente determinate; ma ciò è lavorare a pezzi; e quando vale meglio che questo, lo è perchè si si lascia condurre dal modo proprio di risguardare il carattere dei diversi tempi, e la totalità di loro esistenza, e pensiero giuridico. E noi non domandiamo di meglio, che siffatte vedute, le quali ogni intendente del diritto romano possiede, vengano espresse, depurate e collegate in un tutto. Appena una apparizione istorica giuridica vien collocata in un'epoca determinata, perchè annuncia una tendenza simile con altre apparizioni, e poggia sull'istessa idea, si maneggia di già il mezzo che noi intendiamo di adoperare. Ma siffatta operazione sortirà un esito felice allora soltanto, che verrà eseguita, non a salti, a misura che il richiederà qualche problema storico giuridico, e con relazione a vedute preconcette o non provate; e che pianterà le sue fondamenta sui sistemi della formazione totale del diritto. Puramente da questa totalità sorge l'interna rassomiglianza delle parti esternamente differenti del materiale. Con ciò solo ottiensi un metro sicuro per dar giudizio della loro età. Laonde, posto che riuscisse di rinvenire, a seconda della varietà dei tempi, vari sistemi di for-

mazione del diritto, noi potremmo almeno per alcune apparizioni storico-giuridiche agire colla sicurezza con cui lo storico d'una letteratura e l'etimologista collocano in questa od in quell'epoca un'opera che lor si offre. Anche noi diremo con loro: codesta forma dell'instituzione giuridica si confà con questo sistema e non con quello; cotesta innovazione non poteva sorgere, che sotto l'influsso dello studio proprio di quella tal epoca, e prosperare soltanto in quell'atmosfera. Non potremo per fermo esprimerci sempre con questa certezza apodittica, ma dovremo piuttosto concedere che alcune apparizioni storico-giuridiche si potrebbero ideare come possibili in vari tempi; ma ogniqualvolta si potrà dimostrare, che esse sono connaturali, e motivate soltanto per una certa epoca, e sarebbero senza disegno, e superflue per ogni altra, allora uno scettico solamente dubbiar saprebbe sul loro giusto collocamento. Senza dubbio anche qui può frapporsi l'errore, ma ciò non toglie la bontà del metodo nell'interesse della scienza. Questo metodo poggia, in una parola, sulla forza d'attrazione del sistema, sull'idea, che ciò che nel sistema d'un periodo comparirebbe anomalo ed incomprensibile, e che sembra invece parte armonica di un altro periodo, debba in quest'ultimo collocarsi, dappoichè nelle sue creazioni l'istoria non usa di procedere capricciosamente e senza piano, ma sibbene con pensieri ordinati e connessi.

La conchiusione, a cui ci ha condotto la discussione presente è questa: ch'è uno stravolgimento fissare dei periodi, ed innalzare per tal maniera il tempo a *fundamentum dividendi;* ch'è uno stravolgimento il procedere nell'istoria del diritto col numero degli anni, poichè, anche lasciando che ciò non è sempre fattibile, non si comprende per questa via che quanto v'ha nel tempo d'accidentale. Il vero metodo di trattazione è di subordinare il momento cronologico al sistematico, di risguardare gli strati del diritto siccome l'essenza della sua istoria. Dopo essersene impadroniti si potrà con facilità elaborare il materiale cronologico, e porsi, purchè s'usi una misura ampia, in relazione tanto intima coll'obbietto, che il tempo non paja più un'esterna cornice dello sviluppo storico, ma bensì un'incarnazione del medesimo, con cui perciò si potrà supplire ai vacui dell'esteriore cronologia.

Movendoci da questa idea nella nostra esposizione, attribui-

remo poca importanza, al momento del tempo, e tanto minore, dappoichè non è del compito nostro di fare al lettore la rassegna di tutto il materiale della storia del diritto romano, ma bensì di delineargliene i pensieri direttori.

Piano della sposizione che seguita.

§ 6.

Nell'istoria del diritto romano distinguiamo tre sistemi, onde il secondo, il cui fiorire coincide con quello della repubblica, è il sistema specifico romano, che inchiude il trionfo e l'esclusivo impero della veduta puramente nazionale. I due sistemi rimanenti sono le due anella opposte, che servono a congiungere questo diritto coll'istoria strania a Roma, il primo colla storia anteriore, il terzo colla posteriore a Roma. Il primo è il capitale di fondo, che Roma ha pigliato ad imprestito dall'istoria, il terzo è il debito impinguato da vistosi interessi e d'acquisti, che Roma restituisce all'istoria, e che questa rimette agli altri popoli. Ai tempi del primo sistema, la nazionalità romana sta formandosi, ai tempi del terzo essa è omai in decadenza, ma in entrambi si dimostra la forza romana, nel primo con trasformarlo, nel terzo creandolo. Il primo fatto dello spirito romano sul terreno del diritto è di pigliarsi dal medesimo separandolo un territorio speciale, in cui si ritira per attingere la sua massima robustezza; l'ultimo fatto fu quello di abbattere da sè questi istessi termini impostisi, e di riversarsi fuori nel mondo.

Lo spirito romano rinviene il primo sistema bello e pronto. L'originaria sua formazione si cela in quei tempi anteriori all'istoria scritta, in cui non era ancora avvenuta la separazione dei popoli indo-germanici. Nella forma che lo impronta nell'età romana più antica, si ravvisa una rassomiglianza palpabile col diritto, che otto fino a dieci secoli dopo appare presso i Germani (1). Quindi codesto sistema, al suo sorgere nei pri-

(1) Cioè in quella guisa che di recente Sibel figurò tale diritto nella sua *origine della realità tedesca*, e che è, a mio credere, la più giusta. L'opera pregevolissima di Waitz escita contemporaneamente, *istoria della*

mordi della storia romana, contiene il tratto caratteristico d'ogni formazione esordiente, cioè l'indistinzione, la mistione delle intrinseche varietà. Il diritto e la religione, il diritto pubblico ed il privato, lo stato e l'individuo sonnecchiano quetamente allato, nè si svilupparono ancora l'un dall'altro per muoversi ciascuno indipendentemente nella sua propria sfera a pro del tutto. Il diritto pubblico reca un'impronta privata, pubblica il diritto privato, la religione è incatenata al diritto, e questo alla religione. L'intero sistema altro non è che un'estensione ed una petrificazione della famiglia; esso conserva e svolge la famiglia a scopi giuridici, e mantiene quella indistinzione, per cui la religione, il costume, la comunanza, l'individuo nella famiglia si confondono.

I girovaghi Germani potevano fermarsi ancora dieci secoli a questo infimo grado, ma il popolo romano, che recava seco tanto genio per coltivare il diritto, come non l'ebbe mai alcun popolo, lo sorpassò ben presto, e nel secondo sistema, onde la formazione incomincia di già nella seconda metà dell'éra dei re, ne ha deposto una splendida prova. Codesto sistema ci mostra da prima l'abolizione di quello stato d'indecisione. Il diritto si separa dalla religione, lo stato dall'individuo, e per entro alle singole parti del diritto continua il processo di formazione con esimia maestria, e spinge fuori nel particolare delle formazioni, che per la vivezza delle antitesi così di forma che di sostanza, per l'abbondanza e l'ininterrotta conseguenza del contenuto, in breve, per l'impronta trinciata di loro individualità, pajono sembianze plastiche. Ciò che sorge in questo sistema è nochiuto come i Romani d'allora; nulla di dimezzato, d'indistinto, di composto e di transitorio, nulla di mite e di tenero, ma tutto ch'è, o non è; riconoscibile fino all'impossibilità d'errare, e semplice ed elaborato da un pensiero unico, ma questo esplicato con conseguenza inesorabile, crudele. Questo diritto fa l'impressione

costituzione tedesca, v. 1, ha dato troppo poco peso all'influenza del principio della famiglia, che quello scrittore colloca con ragione alla cima.

* Il matrimonio è la materia in cui or ora venne dimostrata nel modo più convincente l'originaria identità del diritto di tutti i popoli indogermanici. Rossbach, *Ricerche sul matrimonio romano*. Studgarda 1853. È questo un lavoro tutto massiccio.

d'una macchina imponente per la sua ingegnosa semplicità. Appunto a cagione di questa sua semplicità essa agisce colla massima *sicurezza ed uniformità*, ma guai all'improvvido che non sa maneggiarla, e troppo se le avvicina! le sue ruote di ferro lo sfracellano. Veramente quella uniformità poggia sopra d'una imperfezione; non v'è ingegno onde arrestare la macchina, essa produce sempre gli istessi oggetti, che si rassomigliano a capello; cioè il diritto non può aggiustarsi alle condizioni ed ai bisogni individuali, l'eguaglianza cui mira e perviene è puramente meccanica, esteriore, quella, ond'è detto: ***summum jus, summa injuria.*** Niente fa il diritto da sè, ma aspetta la spinta al moto da colui che ha mestieri di esso, laonde al primo conviene di possedere la forza e l'abilità a ciò necessarie, e che egli medesimo vi cooperi. S'egli fa questo, il diritto gli assicura d'altronde l'efficienza più certa, dappoichè l'efficienza del diritto, cioè la sua applicazione, può calcolarsi con precisione e certezza eguale a quella d'un'operazione matematica semplicissima; il suo risultamento poi è irreprobabile. Il pensiero che trapassa tutto il diritto privato è quello dell'autonomia dell'individuo, l'idea che il diritto individuale non va debitore della sua esistenza allo stato, ma che sorge per virtù propria, ed ha seco la sua legittimità.

Il principio del diritto privato è spinto tant'oltre nelle astrazioni giuriche, che sembra sfidare il principio dello stato, e pare che il pensiero della libertà del volere soggettivo siasi sviato sino a sbrigliare l'arbitrio individuale. Ma la concilliazione di questa astratta licenza soggettiva coll'interesse della comunanza e dello stato, come anche colla moralità, risedeva nel costume, nel carattere del popolo, nelle condizioni reali della vita romana. Non v'ebbe mai diritto, in cui la formola astratta di ciò che poteva o doveva accadere distasse tanto da ciò che realmente accadeva; ma ove così la forza del carattere dell'individuo, come l'autorità della pubblica opinione vale a porre un argine all'abuso della libertà, può questa concedersi illimitata. Ora il diritto romano di quest'epoca, tanto il pubblico quanto il privato, è sorretto dal supposto che chiunque ha un'autorità, privata o pubblica, n'usi onestamente. La possibilità che se ne abusi nel modo più esecrando sussiste sempre, verbigrazia l'autorità dell'impiegato inchiude la possibilità ch'ei rovini lo stato,

che pregiudichi o padroneggi il popolo nell' esercizio della sua sovranità, la podestà patria rende possibile che il padre uccida il figlio senza ragione; ma il diritto romano move dall'idea, che i coltelli più acuti sono anche i migliori, che si può rimetterli fidentemente ad uomini che li sanno trattare, e che in vista di un abuso possibile non è mestieri che si spuntino. Quindi siffatte autorità non sono circoscritte dal diritto, ma è lasciato in balia dell' individuo d' usarne nel caso particolare coll' estremo rigore, ovvero di ascoltare deliberatamente la moderazione suggerita dalla equità, dalla opportunità, dal pubblico interesse ecc.

Si aveva adattato tutto quanto il diritto ai romani dell'antichità, così per riguardo all'autorità che concedeva, come per riguardo all'avvedutezza e sagacità con che conveniva muoversi sul terreno suo. Altra gente, altro genio; sottentra una mano inesperta, e la libertà diviene licenza, la sicurezza del diritto incertezza. Codesta mutazione sopravviene nel secolo settimo di Roma, e siccome la quantità della forza romana discende allora al grado della forza comune degli uomini, anche il diritto s'accomoda a tal fatto, rimette ognor più del suo carattere strettamente romano e ne indossa uno più generale, cosmopolitico.

S'arriva così al terzo sistema. Il secondo era, pel contenuto e pella forma, accomodato ai Romani e ad essi ristretto. Pel commercio coi forestieri formossi bel bello un diritto internazionale, non vincolato alle solennità romane, non soggetto al rigorismo della rigida e parziale conseguenza romana, ma altresì non partecipe di quella pienezza di podestà che nel diritto romano annidava. Un comprendimento, ed una trattazione più libera e più spirituale potè metter capo in questo diritto, e dalla sua destinazione al commercio del mondo la giurisprudenza ebbe, in quello che lo svolgeva, eccitamento a svilupparsi dalle proprietà puramente nazionali romane, e quindi anzi tutto a riconoscerle. Di tal maniera codesto diritto cosmopolitico diventò pel diritto romano puro uno specchio di riconoscimento, e poichè fu incominciato il processo dissolvente la nazionalità e quindi il diritto del popolo romano, diventò modello e fonte di questo.

Un volere ferreo aveà creato e mantenuto il secondo sistema; il dechinare del primo trasse con sè il tramonto del secondo, e, per tale rispetto, il terzo sistema può ravvisarsi, siccome l'arca

rimasta alla rovina della grandezza e della magnificenza romana. Ma per un altro rispetto esso è infinitamente più assai che uno scolorito e languido avanzo del diritto nazionale; sotto di tale riguardo il terzo sistema non appare già un grado inferiore a cui si discese per mancanza di forza, ma uno più alto, a cui si salì. Alle *qualifiche morali* del popolo romano, fattore precipuo del secondo sistema, sottentra nel terzo, con eguale importanza pella sua creazione, il genio intellettuale più sublime. Sui fondamenti solidi ed interi a lui trasmessi, egli eresse un capolavoro di giuridica architettura, onde prima e dopo non vide il mondo l'eguale, un edificio di tanta perfezione e fermezza, che i popoli stranieri, quasi dieci secoli dopo, ne disserrarono le chiuse porte per innalzarvi le loro cattedre e tribunali.

Il materiale pei caratteri di questo terzo sistema abbonda tanto, che riesce impossibile di adunarne in pochi tratti l'essenza; dirne molto sarebbe affatto intempestivo, ora che non trattasi di un'anticipazione concentrata dei nostri risultamenti, ma bensì unicamente del nostro disegno; invece poco farebbe più danno che vantaggio, poichè ne darebbe un'imagine obliqua. Stiamoci dunque paghi di accennare per adesso questo sistema per il sopranazionale ed il più libero, e riserbiamoci di additare, quando lo sporremo, i punti in cui esso declina dalle idee romane specifiche, ed in cui ebbe parte una trattazione intellettualmente più libera.

Sull'ultimo ci si permetta ancora d'osservare, che, quantunque noi dobbiamo occuparci dei tratti più generali del carattere del diritto romano, ci tornerà però indispensabile, onde fondamentare i nostri giudizi, di inoltrarci nel materiale storico giuridico. Convinti, come siamo, che i punti di veduta astratti, senza un certo peso di materia, giustamente non trovano onesta accoglienza, noi faremo per questo riguardo piuttosto più che meno, ed il giurista, cui questo materiale è famigliare, si risovvenga che l'opera è scritta anche pei profani.

LIBRO PRIMO

I PUNTI DONDE MUOVE IL DIRITTO ROMANO.

I PRINCIPII ORIGINATORI

DEL DIRITTO ROMANO

LIBRO PRIMO

Principio della volontà soggettiva.

CAPO PRIMO.

Origini. — Memoria del popolo romano. — Completamento della tradizione a mezzo dell'etimologia; e conclusioni retrospettive dedotte dal diritto posteriore.

Le condizioni originarie, i primi rudimenti della formazione del diritto e degli stati destano un interesse storico assai vivo. La seduzione che esercitano sopra dello storico, e per cui, a malgrado della difficoltà dell'impresa, egli vi fa ritorno costantemente, somiglia all'attrattiva che ha per il psicologo il primo svegliarsi dello spirito nel fanciullo. Un'intenzione eguale gli invita ambedue ad osservare, quella cioè di spiare nel suo laboratorio lo spirito creatore (del mondo) e di riguardare nel mistero del nascimento. Ma la condizione dell'istorico è senza paragone più malagevole, dappoichè, mentre il psicologo ha giornalmente sotto degli occhi qualche spirito che si sveglia, invece lo svegliarsi di tutti i popoli storici risale ad un passato lontano, e l'istorico deve attingerne la conoscenza da informa-

zioni di natura assai ingannevole ed imperfetta. Non è la lunghezza o la brevità del tempo, non il periodo di secoli o di migliaja d'anni, che agevoli o difficulti questo ritorno alle origini istoriche, ma sì la maggiore o minore fedeltà e fermezza della memoria nazionale, ch'è varia nei popoli diversi. Come negli individui, così nei popoli, specialmente per ciò che si spetta all'epoca della fanciullezza, la facoltà di ricordarsi è assai diversa.

Presso d'alcuni popoli l'imagine dei tempi passati vive fedele e non intamata; invece presso d'altri una fantasia assiduamente attiva adorna tosto il passato di colori poetici, e trasmuta l'istoria in poesia; presso di qualche popolo il senso è talmente preoccupato dagli scopi politici presenti, che ratto si dilegua la notizia delle condizioni che più non sono.

Di che qualità era la memoria nazionale del popolo romano? I Romani stavano per verità attaccati all'antico, e le reminiscenze delle grandi gesta presso di loro non si spegnevano mai. Due cause però fecero sì che le condizioni di loro fanciullezza lasciassero una impressione languida nella loro mente (1). Primieramente tutta la loro attività fu impiegata per secoli intorno agli intenti pratici del presente.

Per verità univano essi a ciò la massima riverenza per l'antichità, ciò che visse conservossi vegeto e sano sino alla più tarda età, ma una volta morto, era presto dimenticato (2). Eziandio delle istituzioni tuttavia vigenti si scrutava poco l'origine e lo sviluppo istorico. Un'altra cagione di tale oblio è il carattere della istoria romana più antica. Se la fanciullezza d'un popolo scorre nel riposo, e nell'uniformità dell'idillio, allora la memoria, come in caso simile avviene nell'individuo, può serbarne

(1) Huschke nella prefazione alla sua *Costituzione di Servio Tullio*, p. 7 e seg., pervenne ad una conchiusione diversa. A' suoi occhi il popolo romano possedeva « uno spirito di comprendimento così potente e forte da conservare anche le epoche più lontano della sua fanciullezza associate alla cognizion del presente, e però egli è tanto lodato e biasimato a cagione del suo attaccamento al passato ». Mi duole di non potere entrare più oltre nella succosa dimostrazione d'Huschke, ma ella non ferisce le due ragioni da me accennate nel testo.

(2) * Veggasi in Gellio un esempio che fa perfettamente al proposito nostro, lib. 16, cap. 10.

ancora un'imagine fedele, benchè alquanto ideizzata. Accade invece il contrario se quell'età scorre in mezzo all'instabile e mutevole operare, a pugne interne ed esterne, se un'impressione discaccia l'altra, ed anzi tutto se la popolazione non è giunta a formare per anco un'unità compatta, ma è mantenuta galleggiante da nuovi confluenti e dallo spingersi ed urtarsi de' diversi suoi strati. E questo è il caso della più antica istoria di Roma. Battaglie al di dentro e al di fuori, antitesi di razze, diritto e forza scrivono la prima pagina di questa istoria, e passano secoli primachè gli elementi del popolo romano sien fusi insieme nell'unità di un soggetto. Per questo soggetto il periodo di quel processo di formazione appartiene in certa guisa ad un'epoca primitiva, in che egli non visse, ed a cui sentesi alieno. Tutta l'epoca della realità compariva al popolo della repubblica sotto d'una falsa luce, e soltanto questa contrassegnava a'suoi occhi un'èra nuova, d'onde egli e la sua libertà avevano avuto incominciamento. Il rapporto dei secoli posteriori colla realità potrebbesi forse paragonare a quello del protestantismo col suo predecessore, il cattolicismo del medio evo. Alla massa dei protestanti il cattolicismo del medio evo pare qualcosa di straniero, e non avente relazione alcuna con loro; il loro interessamento e la memoria religiosa non cominciano che dalla riforma.

Scarso è adunque il sapere dei secoli posteriori circa alle condizioni originarie di Roma, ed alcune delle poche notizie che essi ci somministrano portano tracce evidenti dell'invenzione, o d'uno sfigurato concetto. La moderna critica storica lo dimostrò al vivo, e provò in pari tempo che si può arrivare a deduzioni solide e positive ch'erano sfuggite agli istorici romani. Che se il materiale istorico, che sta oggidì a disposizione della scienza, è di gran lunga minore di quello che possedevano gli istorici romani, è d'altronde diverso il metodo d'adoperarlo, e lo sguardo storico s'è affinato d'assai.

Laonde, appoggiandoci, per ciò che si riferisce all'istoria più antica di Roma, a questi risultati positivi della scienza moderna, noi restringiamo la nostra indagine al diritto di quell'epoca. Volontieri confesso che alcune fra le opinioni, a cui sarem condotti, non abbiano più valore di quello di una maggiore o minore probabilità, e certamente è bene essere in ciò più diffidenti che creduli. Ma sono d'altronde persuaso della possibilità

di un'indagine instituita indipendentemente dal modo di vedere dei Romani; anzi son convinto, che alcuni, fra i risultamenti ottenuti per questa via, abbiano maggior grado di istorica certezza, che se da tutte le istoriche testimonianze romane ci fossero attestati. Ciò vale in ispecialità pel modo di risguardare il diritto, onde possiamo impadronirci coll'ajuto della etimologia. L'etimologia è tra le fonti sulle idee primitive dei popoli una delle più eloquenti e fidate; essa conserva alla curiosità dei tempi avvenire ciò che da gran pezza si è spento, ciò che s'è involato dalla memoria del popolo. Essa è la sposizione delle condizioni originarie fatta con scrittura geroglifica, onde per avventura solamente migliaja d'anni dopo si rinviene la chiave. Non seppero i Romani dissotterrare il tesoro guardato dalla loro lingua, e decifrare l'occulta scrittura, con che parlava loro il pensare ed il sentire dei progenitori, mentre oggigiorno a noi è aperto l'accesso a questo tesoro.

È anzi tutto il destarsi dello studio del sanscritto, e della comparazione delle lingue poggiata sopra di tal fondamento, che comunicò alle investigazioni etimologiche dirette sopra d'uno speciale linguaggio una verace fecondità e sicurezza, e che apre alle scienze istoriche una prospettiva, onde non avevasi dianzi nemmeno il presentimento. Anche l'istoria del diritto ne piglierà la sua parte, e già sin d'ora, che quello studio vien da poco tempo trattato, potremo usare di qualche suo frutto pel nostro intento speciale.

Un altro punto, in cui è parimenti fuor di dubbio la superiorità della scienza odierna su quella dei Romani risguarda il diritto stesso. Egli è il senso per lo sviluppamento istorico del medesimo, la cognizione delle forme, sotto di che appare, della sua natura istorica, ec. Per quanto grandi fossero i giuristi romani come dommatici, non s'intendevano però dello sviluppo storico del diritto. Ma se i Romani trascurarono di adoperare il materiale storico giuridico che ci hanno tramandato, noi possiamo emendare la trascuranza loro, e nutrire certezza, che un'attenta osservazione, a malgrado della scarsità del materiale, ajuteracci a nuove scoperte. Quindi anche il diritto romano dell'epoca più recente potrà coadjuvarci a conoscere il più antico. Come nella lingua, così nel diritto continua non di rado la risonanza di un passato dileguatosi da lungo tempo dalla memo-

ria del popolo (1). Anche senza il testimonio dell'istoria noi possiamo avvertire di tali risonanze appoggiandoci in parte alle analogie istoriche ed in parte all'interna antitesi, ovvero (per rimanere nella metafora) al rapporto irragionevole, in cui queste risonanze stanno col tuono dominante. Anche nel diritto romano della repubblica si conservarono delle vestigia, cui ad evidenza originarono viste differenti da quelle, onde sorse il diritto della repubblica, e che, a guisa di singoli punti conservati d'una periferia, additano un centro determinato dell'universo comprendimento del diritto. Se questi indizi vengono rinforzati dai cenni della etimologia, se entrambi accennano punti da cui mosse il diritto, provati dall'esperienza comuni e ragionevoli, noi possiamo allora farci con qualche certezza seguaci di quest'orme, e non peritarci di asserire: da quei punti escì il diritto romano, tempo fu in cui resse quel sistema primitivo di vedere il diritto benchè il popolo romano dei tempi istorici non l'abbia più ricordato. Per verità non si può dimostrare quando, dove e quanto esso reggesse, ma basta di sapere da quale fondamento spiccossi in alto il diritto romano.

Nei seguenti paragrafi

1. Assoggetteremo a critica l'origine del diritto romano secondo la leggenda, ch'è quanto dire la cosmogonia romana del diritto; poscia

2. Tenteremo di disviticchiare i punti dimostrabili di partenza, ovvero gli elementi originari di questo diritto, e

3. Il contegno dello spirito romano verso di quei punti che noi avremo discoperti.

(1) Fa meraviglia di vedere quanto lungamente si possono in ispecialità conservare certe usanze, riti simbolici, e simili, posciacchè perdettero il loro significato. È verbigrazia indubitato, che durano anche oggidì presso di noi alcune usanze, che derivano dall'epoca del paganesimo, e che anzi, per l'idea originaria su cui si fondano, accennano l'antica comunanza dei popoli indo-germanici. Veggasi, p. c., la Dissertazione di Kuhn nel *Giornale delle Antichità germaniche* di Haupt, vol. 5, pag. 472. Un mio collega ed amico di qui vi aggiungerà tra poco un sorprendente argomento in un paralello delle usanze nuziali dei popoli indo-germanici.

CAPO II.

La cosmogonia romana del diritto. — Ciò che in essa caratterizza l'intelletto romano.

L'origine di Roma, giusta la leggenda, è uno stato di salvatichezza e di libertinaggio. I fondatori di Roma sono predoni ed avventurieri discacciati dai loro, o staccatisi da questi per genio di vivere licenziosamente, che abbandonano gli iddii e la famiglia, seco non recando che il braccio ed il brando. Sono un accozzamento di individui, di atomi riuniti soltanto dal loro istinto selvaggio, e dal comune intento della rapina. Nemmeno donne menano seco, ed i popoli vicini, che siccome peste gli abborrono, respingono con dileggio e disprezzo le proposte di dar loro le figlie in mogli. Ma ciò che lor non si dà sel tolgono. Invitano i vicini ad uno spettacolo di giuochi, poi assaltano gli ospiti (onde l'oltraggio era un delitto dei più esecrandi nell'opinione dell'antichità) e rapiscono loro le figlie. Il loro condottiero, Romolo, che la leggenda colloca fra gli iddii, li precede col buon esempio; col fratricidio si crea unico signore. La leggenda non si scandolezza di tale misfatto; questo va ancora in conto dell'originario stato di salvatichezza e d'arbitrio, al quale però Romolo istesso pone presto un termine.

S'introduce il diritto e l'ordine come i soli legami di quella variata accozzaglia (1), e si appoggiano sulla autorità regale, che Romolo perciò circonda di splendore e dignità esterna (2),

(1) Liv. I, cap. 8.... *multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.*

(2) Liv. ibid..... *jura, quæ ita sancta.... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumptis fecit.* Nel suo sguardo retrospettivo sulla realità, lib. 2, c. 1, addita Livio nell'autorità regia la sostenitrice, ed il principio animatore dell'antichissimo Stato, o dimanda, che sarebbe avvenuto di Roma, se a quel pugno di avventurieri non fosse stato tenuto stretto il freno dal timore del re?

al cui canto egli mette un senato con voce consultiva. Fondato lo Stato, seguita al rapimento delle Sabine l'erezione della casa e della famiglia, e a mezzo di questo vincolo famigliare l'unione con un popolo organizzato.

Lo Stato e la famiglia erano fondati; tosto dopo toccò la volta alla religione. Romolo curossi bensì degli iddii, ma la sua attività fu principalmente dedicata allo Stato. Numa, suo successore, che giusta la leggenda fu innalzato al trono per la sua pietà e rettitudine, appare siccome il rappresentante del principio religioso. Ma egli non restrinse le sue cure alle cose spettanti alla religione, non si limitò ad introdurre delle nuove divinità, a regolare il culto, ma ebbe altresì la mira a « rifondare colle leggi e colla morale la città fondata prima colla forza e colle armi » (1), ed ei la attinse con dare la consecrazione religiosa alle sue instituzioni temporali, e proclamandole per ispirazioni della ninfa Egeria sua confidente.

Nulla più restava che il diritto internazionale, e nella leggenda compare il quarto re Anco Marzio siccome rappresentante di questa parte del diritto (2). Merita però d'essere avvertito, che la leggenda, la quale fa sorgere tutto il rimanente in Roma, qui confessa d'aver tolto da un popolo straniero.

Quest'è in poche linee l'istoria dell'origine del diritto, che al popolo romano dei secoli posteriori parve *naturale*. Dappoichè oggigiorno non è mestieri di dire, che la leggenda esprime il pensiero popolare, che essa, quand'anche non siano istorici i

(1) Liv. I, c. 19.

(2) Liv. I, c. 32. *Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicæ cerimoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.*

* Che Anco Marzio sia stato l'autore del diritto internazionale lo narra Livio I, 32. Ma non tutti gli scrittori antichi la pensarono ad un modo: l'istesso Livio si contraddice, perchè nel l. I, 24, descrive l'ufficio internazionale dei feciali sotto di Tullo Ostilio, ed a questo re ascrive Cicerone l'introduzione del diritto delle genti; altri, come Dionigi, attribuì a Numa Pompilio anche l'instituzione dei feciali. Laonde il fatto, che presso dei romani il diritto internazionale sorgesse dopo le altre parti del diritto, non può fondarsi tanto sul racconto di Livio, quanto dedursi dalle fluttuazioni degli scrittori.

fatti che racconta, pur nondimeno inchiude la verità psicologica, è grande indizio del pensiero e del sentimento universale del popolo. Quindi la leggenda è per tale rispetto molto caratteristica; ciò che in alcuni de'suoi tratti ci proponiamo di mostrare.

La favola si piace ordinariamente di trasmutare le apparizioni di un'epoca relativamente più recente a grande distanza, ad una età primitiva, oscura ed ignota, di rappresentare l'opera degli uomini ed il naturale prodotto dell'istoria patria siccome un dono degli iddii, e di dipingere i tempi antichissimi quale età dell'oro, in che gli stessi iddii mescolavansi cogli uomini. Ma nulla di tutto questo rinviensi nella leggenda romana. Roma non ebbe un'epoca anteriore antica, che servisse di sfondo mistico alla leggenda. Roma forma la cornice che racchiude tutto il mondo romano (1). Tutto ciò che Roma è, che acquista, che produce, lo debbe a sè, alla sua forza; tutto si fa ed organizza, in tutto v'è corrispondenza di parti, intenzione, calcolo. Nulla sorge da sè, nemmeno le *gentes*, che sono pure il prodotto più immediato dell'incremento naturale delle famiglie, nemmeno il diritto, ch'esce pure dal costume. Nulla, ad eccezione del diritto internazionale, è attinto di fuori; lo stato, il diritto, la religione, tutto Roma estrae e cava di sè.

Quindi un dei frutti principali della veduta romana è: che Roma nulla prese di fuori, che quanto in Roma nacque, Roma lo deve a sè medesima, e che ogni cosa v'è scientemente ed intenzionalmente ordinata.

(1) Anche il mito religioso ci somministra colla favola del ratto delle giovenche d'Ercole (l. I, c. 7) un argomento interessante analogo a ciò che seguita. — Quel racconto altro non è che la leggenda indiana delle giovenche d'Indras, ed il *Sarameyas* che in essa s'incontra è l'Ἑρμείας Ἑρμῆς greco, come fu mirabilmente dimostrato da Kuhn nel *Giornale delle Antichità tedesche* di Haupt, v. 6, p. 118 e seg. Ma i greci ed i romani trasmutano quel racconto (con che Kuhn ha messo in corrispondenza anche l'antica mitologia germanica) nel proprio paese. La mitologia comparativa dei popoli indo-germanici additerà senza dubbio in più altri miti religiosi e costumanze l'originaria comunione di quei popoli, che tanto involossi dalle loro menti, da risguardare quella proprietà comune siccome loro esclusiva, e da farla colle loro tradizioni sorgere nel proprio paese.

E però anche l'istoria di Roma deve, in certa guisa, ripercorrere il lungo tratto dalla naturale salvatichezza della condizione anteriore allo Stato, dalla vicinanza meccanica degli individui, sino alla formazione di un popolo, d'uno Stato, fino alla civiltà ed alla religione. Fin le famiglie debbono formarsi prima in Romà; Roma non riceve in dote che degli uomini, naufraghi, cho per rispetto della morale, nudi si rifugiano nel paese; laonde essi sono come i primi uomini, che la natura ha prodotto. Non hanno passato, non appartengono all'istesso popolo, ma da diversi luoghi concorsero in uno, non recano un diritto comune, non iddii comuni, non venerazione per ciò che i popoli d'allora tenevano in conto di santo e di meritorio; e quindi essi li risguardano siccome il rifiuto dell'umanità.

La prima scena adunque di questa cosmogonía del mondo romano è il primo grado assoluto dell'istoria, la piena balía dell'arbitrio e della forza.

Vi succede, come seconda scena, l'origine della comunanza, unione contratta a scopo di rapina, e mantenuta colla forza, e colla disciplina militare; ma principio ormai dello Stato. A ciò s'aggiunge la famiglia, il consolidamento della realità, e l'unione con un altro popolo.

Ora soltanto compare con Numa la religione e la moralità All'estero è assicurata la quiete, nell'interno esistono le condizioni della vita esterna, la forza brutale cessa, e quindi è giunto il momento di dar principio all'educazione morale del popolo. Veramento ancora una volta risorge sotto di Tullo Ottilio l'antica ferocia; ma essa si rovescia al di fuori, ed il suo successore, il rappresentante del diritto internazionale, l'assoggetta a forme legali, le impone dei limiti internazionali, e sa ravvivare lo spirito dei tempi di Numa.

Fornisce con ciò la creazione del mondo romano, dappoichè quanto avviene più tardi non è che una trasformazione di quello che esiste. Quest'istoria tiene certa rassomiglianza colla cosmogonia dell'antico testamento, però ch'essa fa uscire in breve tempo dal *nulla* o dal *chaos* tutto quel mondo, e como in quei giorni biblici della creazione ne fa nascere successivamente e separatamente le singole parti. L'ordine di succedersi ha qualcosa di caratteristico. È conforme alla regola che il chaos, quello stato di moto e di arbitrio individuale, formi il principio, il diritto

internazionale la chiusa. Ma è singolare, che la religione appaja dopo il diritto, perchè con ciò è capovolto l'ordine istorico, per cui il diritto ha dapprincipio un carattere religioso, e più tardi soltanto assume un carattere profano. Questo fatto fu di già notato per altri siccome rimarchevole (1), ed io inclino a ravvisarlo siccome l'espressione del sentimento romano, pel quale lo Stato occupava il primo posto, la religione il secondo.

Questo stravolgimento di un ordine ch'è affatto costante dietro l'esperienza storica, mostra di per sè, che nell'istoria della formazione del mondo morale romano ebbe parte l'invenzione, e ciò vien confermato da altre ragioni. Le note ricerche di Niebuhr ci sollevano dell'incomodo di entrare nel particolare, e quindi basterà che facciamo avvertiti in genere dell'interna inverosimiglianza della leggenda romana. Movendo questa dall'idea di far parere il principio di Roma quanto può più meschino, affinchè la sua grandezza posteriore divenga pel contrasto più gloriosa, essa rappresenta la popolazione originaria siccome una massa di singoli individui, cui legame di sorta non unisce, e dà loro la qualità dei *primi uomini*. Ma ciò è credibile? Invece ogni uomo concorso alla fabbrica di Roma non aveva di già appartenuto ad una comunanza ordinata, e da essa non recò egli un corredo istorico? od avrebbe egli potuto gittare da sè le sue divinità, le sue idee giuridiche, l'intera sua cultura morale, per rifarsi selvaggio? E fra di questi predoni ed assassini avrebbe potuto formarsi, in brevissimo tempo, o piuttosto Romolo avrebbe foggiato a suo genio, un diritto, che, ad onta dei varii elementi, onde la popolazione componevasi, e di loro dissolutezza, valesse ad esercitare l'autorità ed influenza d'un diritto nativo ed avito? Veramente Hegel, che in tutto il restante ha mirabilmente compreso l'essenza dello spirito romano, tiene per siffatta credenza. Ei fa sorgere « lo spirito della rigida legalità dei romani da quell'origine, dalla prima società di predoni » mentre « tale fondazione dello Stato recò seco, come conseguenza immediata, così

(1) Verbigrazia da Hegel, *Filosofia dell'istoria*, p. 361. « Questo fatto del nascimento della Religione dopo dello Stato, merita d'esser avvertito, perchè presso degli altri popoli le tradizioni religiose appariscono nei tempi più antichi, e prima di qualunque civile instituzione ».

(2) Veggasi Hegel, *Filosofia dell'istoria*, pag. 344, 346, 348, 351.

la più rigida disciplina, come lo spirito di sagrificio al bene della colleganza ». Per lui Roma « è d'origine casalinga, violenta, nulla ha di tralatizio » e la vita romana incomincia « nella rozzezza inferocita, con esclusione dei sentimenti di naturale moralità ». In questo sistema il diritto è come il freno messo ad un animale selvaggio ed indomito, non cosa inerente al subietto; lo stato poi è una stia, donde l'animale è fuor disciolto solo onde possa inferire violenze e guasti al vicino, sotto la sorveglianza del suo domatore. Senza disconoscere in questo sistema un tal poco di verità, e su cui ritorneremo più tardi (cioè il collegamento del senso austero della legalità colla militare disciplina) noi dobbiamo respingere decisamente questo originare il diritto e lo stato da un padule morale, per istudio di favorir la leggenda. La leggenda romana vuole rivendicare per i romani il vanto di aver cominciato con nulla, e di avere estratto tutto da sè medesimi; quindi nell'esordio dell'istoria romana non v'ha nazionalità, religione, diritto alcuno. Ma la condizione reale è questa, che vi fosse tutto ciò prima di Roma; ed i fondatori di Roma si potrebbero per avventura paragonare agli emigrati, che proseguono altrove la comunanza in cui vivevano in patria, e seco recano loro famiglie, sostanze, religione ed instituzioni. Per quanti individui isolati traessero a Roma, benchè Roma realmente fosse un asilo a cui venivano assai da lungi i delinquenti a rifugio, v'ebbe sempre un nocciolo solido di popolazione, una razza, a cui quelle particelle atome si univano ed assimilavano. Questo nocciolo recò le instituzioni avite, garantì allo Stato ed a'suoi instituti la fermezza ch'ebbero sin dapprincipio. Quindi il formarsi del diritto e dello Stato romano non è (a dirlo con termine tecnico) primario, ma secondario, sorge cioè sul fondamento e per mezzo di formazioni preesistenti, Roma reca un corredo istorico dal di fuori. Nel suo diritto, nella sua lingua s'incontrano le rimembranze di un passato che ampio si spazia avanti di Roma, e le tracce, per così dire, d'un sistema *antidiluviano*, di uno sviluppamento del diritto il cui principio e continuazione cade in epoca molto anteriore a Roma, e donde i risultamenti somministrano la base su cui Roma si erige. Ora vogliamo precisare questo corredo istorico, che Roma reca con sè al suo entrare nel mondo, e tentare di scoprire la via che lo sviluppo del diritto aveva percorso primachè in Roma arrivasse. Se anche la memoria di ciò è svanita

dalla mente del popolo, pure l'età posteriore è per mezzo della lingua e del diritto in possesso (siccome accennammo nel capo precedente) di petrificazioni di quell'epoca primitiva. Risaliremo anche noi, a guisa della leggenda, ai primi esordii del diritto, e andremo pari d'essa mettendo in luogo di quei quattro gradi ch'essa rassegna nell'istoria della formazione del diritto (il movimento individuale anteriore allo Stato, la formazione dello Stato, la comparsa della religione, l'accettazione del diritto delle genti) tre principii, cioè quello del diritto soggettivo corrispondente a quel primo grado, il principio della famiglia e della costituzione militare colla loro attitudine ad organare lo Stato, rispondente al secondo grado, e da ultimo il principio religioso, il quale col terzo chiude in sè anche il quarto grado, dappoichè il diritto delle genti è sotto della sua salvaguardia.

CAPO III.

I punti donde muove il diritto romano, ovvero i suoi elementi originatori.

La minima porzione di rudimenti storici.

Ampio, immensamente ampio è l'intervallo che separa la nostra maniera attuale di comprendere il diritto da quei primi rudimenti formativi del diritto e dello Stato, a cui vogliamo adesso ridurci addietro. Io non intendo l'intervallo del tempo, benchè esso pure sia grande, (mentre quei primi rudimenti cadono in epoca assai anteriore a Roma) ma accennar voglio invece l'opposizione nel comprendimento del diritto; ed ella è tanta, che duriamo fatica a figurarci forte l'età dell'infanzia del diritto, a intenderla, a reputarla naturale. Non dimentichiamo mai, che ciò che a noi pare naturale e ragionevole non è che un prodotto di lungo e faticoso processo. Senza la cognizione dell'istoria non sapremmo noi, che certe idee di diritto, le quali altrimenti sembrar potrebbero proprietà eterna dell'umana ragione, non sono in fatto che risultamenti di quel processo. E tali sono appunto quelle idee, che oggidì dominano al sommo ed all'imo della scala sociale, e che diventarono pa-

trimonio comune dei popoli. Che l'uomo come tale, è subietto di diritto, e non solo come cittadino, che la prigionia bellica non induce la schiavitù, che la difesa privata è contraria all'ordine giuridico, che lo Stato è cosa diversa e maggiore della somma degli individui, che mira ad altro intento e possiede altri mezzi onde raggiungerlo, specialmente quello di attuare fino nelle sfere più piccole il diritto e la giustizia, questi, ed altrettali principii, sono oggidì incorporati di maniera col nostro intelletto, col nostro sentire, che peniamo a comprendere, come mai v'abbia potuto essere un tempo in cui si teneva intorno a ciò una credenza diversa. Il progresso gigantesco dell'istoria in ciò appunto si appalesa, che le verità più importanti, a cui una volta poteva innalzarsi appena l'audace sguardo dei più eminenti ingegni, furono tolte da quella regione oscura ove per migliaja d'anni vissero riposte ed inaccessibili, e recate nei luoghi i più umili riuscirono patrimonio comune dei dotti e degli ignoranti. V'ha più pregio in queste verità semplici, ed esse richieggono un lavoro più faticoso dello spirito umano, che non quelle invenzioni e scoperte, che fanno il vanto del nostro secolo; e volendo instituire una comparazione tra i progressi della nostra epoca e i primi rudimenti della civiltà, od anche soltanto colla civiltà antica, quelle verità meritano, a'miei occhi, il posto più sublime. Tutti i tesori della scienza sono un nulla al paragone del pregio di siffatte verità innestate nel popolo, e però imperiture e trasformatrici della vita. La scienza può salire e cadere, e nella sua caduta perisce gran parte dei tesori da essa raccolti, ma le verità semplici e grandiose da essa compartite al popolo sopravvivono come un frutto eterno del suo lavoro.

Il solo principio, che l'uomo è come tale, un subietto giuridico, (principio a cui il romano diritto praticamente non s'è mai sollevato) ha per l'umanità più gran peso, che non tutti i trionfi dell'industria; e da lui solo contrassegna un progresso sì grande dell'odierno diritto verso del romano, che al suo paragone cede la preminenza di questo su quello dal canto della perfezione tecnica. L'istoria agì migliaja d'anni per attuare questo principio; milioni d'uomini si macerarono in ischiavitù, popoli interi vennero sterminati dal mondo, dovettero annaffiare del loro sangue quel terreno, donde rampollò quella semplice verità.

A che queste riflessioni? Per imprimere fortemente negli animi un avvertimento, che non devesi perder d' occhio per tutto il corso della disamina seguente, cioè, di non obliare che certe idee giuridiche, le quali oggidì son comuni a tutti i popoli, e che pajono a noi emanazioni della ragione pura, non sono in realtà che il prodotto dell'istoria. Questa avvertenza è necessaria anzitutto per quelle idee, della cui naturalezza e necessità è ognuno così penetrato, che nemmeno immagina la possibilità del contrario.

L'istoria incomincia con debolissimi germi. V' ebbe un' epoca, quando nello spazio, su cui più tardi si agita un popolo numeroso, e su cui inarcasi la fabbrica magnifica d'uno Stato, non v'erano che individui e famiglie, alla cui colleganza non poteva applicarsi il nome di stato. E nondimeno questa colleganza fu senza dubbio il germe dello Stato e del diritto posteriore, e da essa (poichè l'istoria, come la natura, non procedono a salti) dovette svolgersi poco a poco lo Stato. Per qual via accadde questo? La scienza odierna fa parer aspra e difficile questa dimanda, dappoichè, a suo credere, il diritto e l'istoria non incominciano che dallo Stato. Quindi noi dovremmo accettare, pel compito nostro, lo Stato romano ed il diritto romano come fatti compiuti, e non avremmo mestieri, o meglio, non dovremmo porci la dimanda del modo in cui entrambi si svolsero da quel germe. Se a tale dimanda non si potesse rispondere che con dei supposti vaghi, se alcun vestigio non indicasse la via percorsa dall' istoria per giungere dall' individuo allo Stato, in allora il rigetto di quella dimanda sarebbe giustificato. Ma se invece in effetto avesse luogo il contrario (ed io sono del credere, che tal è il caso pel diritto romano) perchè farsi incontro con simil dettato alla curiosità di sapere, perchè non giovarsi dell'occasione, onde apprendere a conoscere le radici di una pianta scoperta per un caso avventurato? Lo Stato ed il diritto non nacquero al mondo alla macchia e misteriosamente; indicar non possiamo nell'istoria un momento determinato, in che lo stato incominciò, e prima di cui la condizione del mondo fosse senza diritto. Se il diritto e lo Stato non avessero il loro fondamento nell' individuo, se ogni comunione durevole d'individui non recasse di già in sè una forza atta a produrre il diritto e lo Stato; donde allora il diritto e lo stato sarebbero venuti al mondo? Se ci è dato di riconoscere ancora dove che

sia codesta origine del diritto e dello Stato dalla comunanza degli individui, perchè chiudere gli occhi per non vederla? E dove essa non può più riconoscersi, perchè non avvertire anche allora di quanto lo Stato ed il diritto si sono di già allontanati da quel punto necessario di partenza? Io porto opinione, che ogni istoria del diritto dovrebbe prender le mosse avvertendo questa distanza, e tentando se mai le riuscisse di scoprire l'anello di congiunzione fra lo Stato ed il diritto, quali appajono primamente nell'istoria, da una parte, e l'individuo o la comunanza degli individui, dall'altra; e non mettersi all'opera coll'idea, che solo lo Stato compiuto debba interessarla, ma anzi, che tempo fu in che lo Stato non esisteva.

Con questa idea noi ci rivolgiamo a sciogliere il compito nostro; e però tenteremo, riguardo allo Stato ed al diritto più antico di Roma, di renderci conto dello spazio, per cui si dilungarono da quel punto assoluto, donde move l'istoria, cioè dall'individuo e dalla società degli individui, e di scoprire in che essi tuttavia rechino le vestigia del loro punto di partenza. Quantunque non v'avesse mezzo di cansarsi da ogni errore, io reputerei ancora più giusto e più istruttivo di muovere dalla supposizione, che *l'istoria incominciò con pochissimo*, e di tentare perciò di rannodare le prime immagini che essa ci presenta ad un minimo grado morale, anzichè di riposare nella premessa dello Stato e del diritto, e sotto l'influenza di un diritto e d'uno Stato maturo esagerare il valore morale di quelle formazioni. È un fallo questo, che in molteplici guise fu commesso verso del diritto romano più antico. Per ciò che spetta al piano della sposizione che segue, io ordinerò il materiale somministratoci dall' istoria pel più antico diritto, giusta tre punti di veduta, ovvero tre principii; e procaccierò di dare ragione di quanto ognun d'essi abbia contribuito all'edificio del mondo morale romano. I prefati principii son quei medesimi che accennammo nell'antecedente paragrafo, cioè:

I. Quello del diritto puramente subiettivo, che si fondamenta sull' idea, che l' individuo reca in sè, nel suo sentire, nella sua forza la ragione del proprio diritto, e che a lui, alla sua forza n'è rimessa l'attuazione. Questo concetto è a miei occhi il punto estremo di partenza che si possa scoprire a mezzo d' induzioni retrospettive, ed amendue i principii che il seguirono non soppressero quel concetto, ma sull'istessa base continuarono l'edificio.

Lo stato sociale, che sorge da quell'idea, non è già la condizione immaginaria anteriore allo stato di un *bellum omnium contra omnes*, ma è una condizione giuridica, in che il diritto vive e s' attua.

II. Il principio informatore dello Stato, e, come suoi derivati, la comunanza assisa sul fondamento della congiunzione delle famiglie, e l'influenza della costituzione militare su della comunanza.

III. Il principio religioso colla sua influenza sul diritto e sullo Stato.

Questi principii, per la loro gradazione morale si succedono nell' ordine qui indicato, e con rispetto a ciò d' ora innanzi li contrasseguerernno siccome i gradi della formazione del diritto. Ma con questo noi non intendiamo di affermare l'ordine di loro succession temporale. Coll' individuo vien di già posto tanto il sentimento subiettivo del diritto, quanto la famiglia e la religione; ma chi vorrebbe abbandonarsi a vane supposizioni onde decidere quale di queste tre potenze fosse in origine più efficace?

CAPO IV.

I. *Il principio della volontà subiettiva sorgente originatrice del diritto romano.*

1. La volontà subiettiva estrinsecata dalla forza individuale rivolta a fondare il diritto (il diritto di preda). — Predilezione del sentire giuridico romano pei modi d'acquisto originari.

Dove mai v' ebbe un diritto che non sia uscito dalla forza individuale, e le di cui origini non si perdano nello sfondo oscuro della forza fisica? Ma presso d' alcuni popoli, col volgere degli anni, fu sepolta sotto delle rovine la porta ond' essi entrarono nell'istoria, quel periodo in cui il diritto fu foggiato violentemente dalla forza materiale; e le sue tradizioni nulla più narrano dei progenitori del popolo, che colla possa del braccio fondarono il mondo giuridico. A vece di loro la tradizione racconta degli iddii o dei loro servi, che presentarono gli uomini del diritto, od a loro l'imposero per decreto. Il sudore ed il sangue umano aggrumato sull' origine del diritto vien qui onninamente tolto agli sguardi dai vapori della divina sorgente.

Ma nel diritto romano il caso è diverso; il tempo non distrusse la macchia del sudore e del sangue umano sovr'esso rappreso; ed eziandio dopo tanti secoli echeggia nel diritto in vigore la voce, che la forza personale è la sorgente del diritto. La forza personale sorgente del diritto, parole a noi quasi inintelligibili !!! Avvezzi a tutto porre in mano dello Stato, a definire il diritto per la volontà dello Stato, ad abbandonarne a lui l'attuazione, quasi non ravvisiamo nel diritto la forza personale, e dov' essa s'intrometta, senza licenza dello stato, la puniamo e la perseguitiamo siccome un turbamento dell'ordine giuridico. Ma di quanto agli occhi nostri il diritto e la forza distanno tra loro, d' altrettanto l'intendimento nostro di quei due concetti è lontano dal romano, e quindi ci conviene lasciare affatto l'odierna nostra maniera di figurare lo Stato ed il diritto quantunque volta entriamo sull'antico terreno di Roma.

Ma la nostra rigorosa distinzione del diritto e della forza è poi esatta nel fatto, non v' ha anche oggigiorno un campo su cui procedono di conserva? Fu indetta guerra alla forza nelle anguste sfere della vita civile, e perch'essa non può qui mostrarsi che peritosa e furtiva, non sospettiamo nemmeno, che vi ebbe un tempo in cui erale lasciata anche in questa parte la più ampia balla. Ma la forza discacciata dalla nostra teoria dalle umili regioni della vita privata si rifuggì alle sommità, sulle quali agisce l'istoria del mondo. Colte sue forze gigantesche ed operanti secondo l'impulso della natura, non si lascia quella imprigionare dalle tele d'aragno delle nostre teorie; ma rizzandosi le squarcia d'un colpo, e lascia alla teoria la cura di ritesserle su d'un altro disegno.

Che vuol dir ciò? Se oggi ancora veggiamo la forza creare il diritto, qual madre fuor d'essa dovette egli avere negli esordi dell'istoria? Non diamo perciò un sol nome ad entrambi, per ciò non diciamo che a vece del diritto reggesse a quel tempo la forza. Anche allora esisteva il diritto, avvegnachè sotto forme diverse dall'odierne; cioè egli non esisteva quale potenza obiettiva che si attua da sè, ma come un sentimento giuridico interno subiettivo. Il sentimento del diritto improntava di sè ciò che la forza aveva creato, acquistato, conquistato, ne faceva una porzione della persona medesima; e con ciò s'addoppiava la forza di quel sentimento istesso. Il primo germe del senti-

mento giuridico è quello della ragione propria fondato nella conservazione delle proprie forze, e rivolto ai loro prodotti. Codesto sentimento comprende per verità in idea anche il riconoscimento del sentimento giuridico altrui, ma il rispetto per l'altrui diritto non si sviluppa in pratica che con estrema fatica e lentezza. In origine questo rispetto si limita alla ristretta cerchia dei *soci*; chi n'è fuori è senza diritti, contro di lui si può rilasciare la forza, e la vittoria fonda il diritto. Anche contro dei soci è permesso l'uso della forza sì tosto com'essi ledono la persona od il possesso d'altri; colla forza privata si ricupera il perduto, e se ciò è impossibile si disfoga almeno la libidine di vendetta.

Sono questi i contorni di un sentire giuridico rozzo, d'onde i Romani od i loro progenitori mossero, non una fiata soltanto, per poscia dimenticarlo, ma che si conservò ben anco presso di loro, quantunque sotto di una forma più nobile e raffinata. Il mondo appartiene alla forza individuale, ciascuno reca seco il fondamento del suo diritto, egli deve difendersi da sè; ciò è la quintessenza del modo romano antico di comprendere la vita. Lo mostreremo meglio ravvicinando le tracce che ne conservò il diritto, il mito e la etimologia. Il mondo romano vien fondato col brando, ed il brando o la lancia è il più antico simbolo del diritto romano. Non furono gli iddii che regalarono la prima dote ai Romani, come un tempo il Dio d'Israelle donò la terra promessa agli Ebrei; non s'usarono compera od astuzia come da Didone nel fondare Cartagine; no, i romani, non hanno una proprietà *derivata* nel senso del linguaggio giuridico, derivata da Dio o da altri uomini; la proprietà loro è *originaria*, onde il proprietario è l'autore; la presero ove la rinvennero. Ma siffatto acquisto non fu agevole. La lingua latina spande una striscia di luce sopra di questo soggetto.

L'acquisto del romano consisteva nel *capere*, per lui è proprietà ciò che apprese colla mano, *manu captum*, *mancipium*, la proprietà non si trasferisce, come avvenne più tardi, colla tradizione, *trans-datio*, *traditio*; ma quando un romano lascia ad un altro la proprietà, ciò viene inteso nell'antico diritto (così per la sostanza come per la forma) nel senso di un'appropriazione unilaterale dell'acquirente, *mancipatio*, *manu capere*. L'antico diritto non conosce il concetto della successione, della deri-

vazione della proprietà, vi supplisce coi mezzi d'acquisto originari, come dimostreremo trattando del secondo sistema. Solo il *pigliare* risponde all'intendimento romano, e la lingua latina, povera d'altre, è ricca di espressioni, che in origine ebbero questo significato. *Emere*, nella latinità posteriore, significa comperare, ma laddove i romani dei tempi posteriori comperavano, i loro antenati usavano di pigliare (1). *Rapere* (il *rauben* tedesco ed il *raubon* goto) hanno nella latinità posteriore il senso tedesco, e la *rapina* è risguardata per delitto; ma nei tempi antichi non si conosceva il delitto speciale di rapina (2), e *rapere* null'altro significava se non che strappare, recare a sè con violenza, senza che la lingua vi avesse inserta la gradazione del divieto. Del pari la lingua non distingue il caso, in cui si si impadronisce d'una cosa vacante da quello in cui viene predata; entrambi questi atti diconsi *occupare*. Da queste tre radici *emere*, *capere* e *rapere* la lingua latina formò un gran materiale di parole derivate e composte, onde i significati, come anche quello delle prefate tre radici, più tardi differirono moltissimo fra loro. Ma altrettanto rimarchevole è l'originaria identità del significato loro di pigliare.

Il caso principale di appropriazione violenta era la preda bellica; questa, come ci riferisce Gajo, risguardavasi come il miglior modo di acquistare la proprietà, *maxime enim*, egli dice, *sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent* (3). Presso di tutti i popoli giovani e guerrieri la preda sul nemico fu giudicata acquisto onorato; così verbigrazia, secondo il modo di vedere dei greci e dei popoli settentrionali antichi, la pirateria era un mestiere decoroso, e si sprezzava il commercio però che gli si accompagnano la viltà e la frode; onde Mercurio è ad un tempo il dio del commercio e dei ladri. Quella notizia di Gajo non è al-

(1) Festo: *Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere;* parimenti alla voce *Redemptores*. Veggasi anche Pott, l. c. v. 1, p. 261. L'originario significato si conservò nelle parole composte, p. e. *adimere* (ad-emere) togliere.

(2) La rapina cadeva sotto dell'idea del furto, cioè del *furtum manifestum*.

(3) Gaj. IV. § 16.

tro che una sua conchiusione; ma non è priva di peso, mentre così un giureconsulto romano, che possedeva ben altri materiali che i nostri per conoscere l'antico diritto, stampa su di lui quell'impronta che noi stiamo mostrando. Sembra che alla parola *prædium*, fondo, sia ancora inerente quell' idea che Gajo attribuisce agli antichi Romani, dappoichè la relazione di *prædium* con *præda* è evidente (1). Ed è per verità molto caratteristico, che la lingua per indicare il terreno, anzichè attenersi alla qualità prossima della immobilità scelga l'idea remota della preda. Anche la divisione delle cose in *res mancipi* e *nec mancipi* fu messa in rapporto colla preda bellica (2). Le *res mancipi*, onde solo colla *mancipatio* o con qualche altro modo civile di acquisto si trasferiva la proprietà, erano quelle cose che i romani in loro scorrerie erano accostumati a trascinar seco. Ed invero, dappoichè il predare, il *manu capere* effettivo (e non la semplice forma) non impiegavasi contro dei socii, non si può in fatto ritenere altro, se non che il predare si usasse contro dell' inimico, quinci la *relazione* delle *res mancipi* colla preda. Queste cose vengono adunque risguardate siccome preda; ed ora noi possiamo precisar meglio quell'idea originaria della proprietà inchiusa nella parola *mancipium* (da noi prima contraddistinta coll'espressione *pigliare*), nel senso che *mancipium* denota la proprietà giusta il diritto di guerra, il diritto alla preda. Laonde questa proprietà secondo il diritto di guerra, questo acquisto della forza materiale è il punto, donde move la proprietà, il suo prototipo; ed in quella guisa che le espressioni *mancipium mancipare* si trasferirono da esso alla proprietà in generale, accadde lo stesso della lancia siccome simbolo della proprietà. Le solennità perfino dell'acquisto giuridico

(1) Sulla parola *praeda*, composta di *prae-hida* da *prae-hendere*, prendere, radice *hed*, veggasi Pott, l. c. v. 1, p. 142, 199. Se *praedium*, anzi che con *praeda* lo si collegasse a *praes*, fidejussore, e quindi lo si interpretasse come mezzo di garanzia, non si farebbe che mutare la domanda, ma non la si scioglierebbe. Dappoichè l'istesso *praes*, *praedis* non ha egli relazione con *praeda*? Non è *praes* il prendente, cioè colui che si piglia qualche cosa?

(2) * Florentino nella l. 4, § 3, *D. De stat. hominum: mancipia .. dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.* Si riferisce a ciò anche *manubiae*, per cui intendevasi il danaro ritratto dalla vendita della preda. Gellio l. 13, c. 25. Puchta, *Corso delle Instituzioni*, v. 2, § 238.

sono in qualche applicazione foggiate sull' esempio della preda. Per ciò che risguarda quest'ultima essa degradossi nella *manci·patio* al semplice afferrare colla mano, ma in due usanze si mantenne intatta. La prima ci si fa incontro in un caso, in cho c'imbattiamo eziandio nella lancia (veggasi più innanzi) cioè nelle nozze romane. L'uomo strappava la sposa dal seno de'suoi perchè (siccome Festo ingenuamente confessa (1)) ciò riesci avventuratamente a Romolo. Ma la leggenda delle Sabine è forse più presto l' effetto che non la causa di una pratica simile. La seconda usanza era di genere religioso. Ove gli uomini rapiscono, e nella rapina ravvisano la radice della proprietà, anche gli iddii possono procacciarsi decentemente i loro servi colla rapina. Quindi vengon rapiti (*capiuntur*) il *flamen Dialis* e le vergini vestali (2): s'essi solo, e, caso affermativo, perchè sol essi, l'ignoriamo.

Benchè Gajo non ce ne avvisasse, il rapporto originario della proprietà colla rapina, emergerebbe evidentemente dal simbolo della prima, la lancia. Piantando una lancia annunciavasi in Roma che andavasi a trattare di proprietà; ciò praticavasi verbigrazia presso il tribunale dei centumviri, che giudicavano di preferenza della *proprietà veramente romana*, come pure alle vendite pubbliche (*sub hasta vendere*) (3). Da siffatta usanza deriva l'espressione *subastare* conservata nel linguaggio giudiziale de' nostri giorni. Anche nella manumissione degli schiavi dinanzi al pretore compare la lancia, più tardi in sua vece una bacchetta, in lingua officiale *vindicta*. Ma ciò ne conduce alla vindicazione, onde tratteremo più tardi. Ma anche il cerimoniale delle nozze ci somministra una novella prova dell' anzidetto. S' usava che lo sposo spartisse nello sponsalizio i capelli della sposa con una lancia (*cœlibaris hasta* (4)), e Festo che ci conservò questa notizia, in mezzo a molte spiegazioni insostenibili che ne dà, accenna altresì quella, che la lancia è per eccellenza il segno dell'autorità (*summa armorum et imperii*) e che per questo atto vien significato alla donna ch'essa è onninamente sotto la podestà del marito. Egli è tanto naturale che i romani non ricusassero agli iddii il

(1) *Sub voc. rapi.*

(2) *Veluti bello capta.* Gellio I, 12.

(3) Onde più tardi s'usò anche *hasta* soltanto nel senso d'incanto, verbigrazia *fiscalis hastae fides.*

(4) Veggasi Festo, *Sub hac voce.*

simbolo massimo della autorità, che non ci deve sorprendere menomamente la notizia, che sotto forma di lancia i romani dei prischi tempi adorassero tutti gli iddii (1). La lancia, da simbolo ch'era degli dei, si trasmuta più tardi in un loro attributo, e s'essa nelle divinità pacifiche è figurata a modo d'*hasta pura* (2) ciò non può, come nella *vindicta* farla disconoscere (3).

Dove la forza fisica procaccia gli acquisti, la mano, come suo istromento, sostiene una parte principale; combattere è *venire* alle *mani* (*manum conserere*) (lo si vedrà più avanti nella vindicazione), assalire è cacciare le mani addosso, *manum injicere*, *manus injectio* (lo si vedrà nella privata difesa). In quella guisa che l'istromento più remoto del combattere, la lancia, serve di simbolo della podestà giuridica, così l'istromento suo più prossimo, la *manus*, serve ad esprimerla. Dissi della *podestà giuridica*, perchè ciò appunto è caratteristico, mentre se per tale espressione s'intendesse la podestà fisica, il possesso, nulla vi sarebbe onde maravigliare. Veramente nel diritto posteriore *manus* non denota che una specie di podestà giuridica, quella sulla moglie, ma dai composti della parola, mantenutisi in vigore anche sotto del diritto posteriore, si riconosce il suo primitivo significato generale. Son tali, oltre *mancipium* e *mancipare* di già accennati parlando di *capere*, anche *manu mittere* ed *emancipare*. La podestà maritale sulla moglie guardò più che tutto le vestigia dell'intendimento giuridico antichissimo. Essa chiamasi *manus*, vien creata dalla rapina, ed il suo simbolo è la lancia.

(1) Giustino, 43. 23.

(2) Pellegrino, *Cenni sulle differenze originarie di religione fra i patrizi ed i plebei romani.* Lipsia 1842, p. 49 e seg.

(3) La punta della lancia veniva nell'origine aguzzata a mezzo del fuoco. Tal sua forma risaliva all'epoca anteriore all'invenzione delle punte di ferro, e si mantenne anche dopo, parte negli Iddii, parte nell'intimare la guerra col ministero dei feciali (Liv. I, 32. *Serv. ad Aen.*, IX-53 qui soltanto parzialmente) parte nel donativo per distinguere i soldati valorosi. *Serv. ad Aen.* VI, 760. *Hasta pura i. e. sine ferro; nam hoc fecit praemium apud majores ejus, qui tunc primum vicisset in proelio, sicut ait Varro in libris de gente pop. Rom.* Veggasi sull'hasta pura l'opera citata di Rossbach, p. 289 e seg.

Quindi la conclusione del presente ragionamento è questa: che la forza materiale, la possa, è madre del diritto. Questa massima esprime da sè sola il sentire bellicoso del popolo, è quasi una parte dell'istoria anteriore a Roma. Di tal sentire bellicoso l'etimologia ci somministra altre tracce, oltre di quelle usate sin qui, onde ci prendiamo licenza di allegare le seguenti. Come la lingua latina non designa il fondo per la qualità con tanta evidenza prevalente della immobilità, ma per quella di *preda*, così essa non denomina l'uomo giusta il sesso, ma bensì secondo la sua vocazione guerriera. La voce sanscritta per significare l'*uomo* è *nri* e *nara* (1), che la lingua greca guardò nel suo ἀνήρ. Invece la lingua latina la rigettò, ed a significare l'uomo surrogovvi la parola *vir* da *wira*, che in sanscritto sòna guerriero, eroe, ch'è quanto dire, che gli uomini non sono soltanto di sesso maschile, ma anche guerrieri. Quindi la virtù romana *vir tus* è in origine il possesso della virilità, cioè dell'attitudine alla guerra. È troppo intima la relazione che corre tra *vir* e *vis*, tanto pel suono della parola, quanto per questo antico intendimento romano, per non dedurne la loro originaria etimologica parentela(2),e che quindi per *vis* in origine si intendesse la prerogativa dell'uomo. Un guerriero *vir*, che sperimentando sua forza *vis* coll'*hasta* reca in sua *manus* persone e cose, sarebbe l'espressione del concetto che c'intrattiene. Anche il nome del popolo, *Quirites*, secondo la comune derivazione, ha rapporto con quest'idea. *Quiris* o *curis* è l'antica lancia sabina, laonde i *quiriti* sono i lancieri. Intorno alla derivazione della voce *quiris* mi si conceda di esprimere una mia congettura. Secondo un' autorità celebre (3) è possibile che le voci *curia*, *decuria*, ec., provengano da *cum viria*, *decem viria*. Quindi *Curia*, giusta la medesima (l'*unione degli uomini*, la *soldatesca*) come pure

(1) Pott, l. c., v. 1, p. 106.

(2) Secondo l'etimologia è possibile la relazione di *vis* con *vir*, poichè l'*r* della seconda voce v'è anche al plurale della prima. Veggasi Pott, l. c., v. 1, p. 205, al quale veramente non sembra senza difficoltà la mancanza dell'*r* al singolare. Ma siccome *vir* è una delle poche voci in cui v'era l'*r* anche nella lingua latina antica, così non può per essa ammettersi il passaggio dell'*s* in *r*, passaggio com'è noto, avvenuto assai di frequente nella lingua posteriore.

(3) Pott, l. c., v. 1. pag. 106.

decuria, *centuria*, avevano un significato militare; indicavano una sezione dell'esercito, onde nel cap. 11 parleremo diffusamente. Ma comunque sia la cosa, *curia* e *curis*, ovvero *quiris* (cu-e qui, com'è noto, s' usano alternatamente) sono troppo vicini per non ammetterne l'originaria parentela. Che se poi *curia* deriva veramente da cum-viria soldatesca, allora (ammettendo quella parentela) da questa voce deriverebbe *curis*, e precisamente col significato « di ciò ch'è proprio della *curia* » e questo è ancora la lancia di foggia guerresca a tutti comune (1). Allora *Quirites* sarebbero i portatori di questa lancia. Quella lancia indispensabile, che di già ci si parò dinanzi negli iddii o negli uomini, così nelle nozze e nelle vendite, come nelle manomissioni e nei tribunali, non avrebbe un luogo più opportuno del nome medesimo di questo popolo che la predilige. Essa ci si farà incontro ancora (cap. 6), non nell' ufficio di fondaro il diritto, ma in quello di conservarlo.

Fin qui considerammo la forza fisica nella sua funzione pratica verso dell'inimico, cioè di fondatrice originaria della proprietà. Il diritto di preda è quello onde sorge primamente il concetto della proprietà romana, e a cui si connette il suo pacifico ingrandimento contrattuale. Tutto ciò che alcuno tolse all'inimico gli appartiene come premio del combattimento, è suo. La forza fisica ripatria coll'idea del diritto. Ciò su di che essa spiegossi non è più pei soci oggetto di preda, ma è come la persona stessa giuridicamente inviolabile. In ciò consiste appunto l'idea del diritto di preda; lo si negherebbe se la cosa fosse altrimenti. A questo modo di acquisto originario, che fu il primo, così pel tempo come per l'idea, si appoggiano i modi derivativi.

(1) Non mi si opponga l'anomalia che la lingua denominasse la lancia dalla soldatesca. Non è la lancia semplice che indi è nomata, ma l'*hasta curiae*, l'*hasta quiris*, cioè la lancia comune di tutta la curia, la lancia idonea al servizio. Il signor Müllenhof, mio amico o collega di qui mi fece avvertire una analogia della lingua tedesca. La conocchia kunkel *(chonacla, kunkela, cunela)* simbolo della donna, deriva da *quend*, ovvero *konâ* (γυνή) donna. E perchè il segno della soldatesca *curis* non potrebbe derivare da *curia* la stessa soldatesca?

Il contratto pare a noi una maniera così naturale per creare dei rapporti giuridici, che non stiamo in forso di attribuire siffatta opinione anche ai romani; ma io reputo falsa questa idea, come proverommi a diffusamente dimostrarlo nel secondo sistema. Per ora basti l'osservazione, che la traslazione della proprietà per contratto non era valida e ferma come talo; ma perchè la si adattava al concetto del diritto di preda. La proprietà non è in origine altro che il diritto sull'oggetto predato, quindi non sorge che dal bottino. Se qualcheduno, anzichè togliere al nemico la cosa onde abbisogna, si rivolge perciò ad un socio, e questo vuole trasferirgliela, non già in possesso, ma in proprietà, *cioè farla sua secondo il diritto di preda*, tale cambiamento non può operarsi che a mezzo di un atto, che figuri che il secondo si lasci togliere la cosa dal primo, e che quindi il nuovo possessore sembri colui *che la predò*, ch'è quanto dire proprietario.

Ci rivolgiamo adesso all'esame della forza applicata a proteggere ed attuare il diritto.

CAPO V.

2. La volontà subiettiva esplicantesi colla forza, applicata a proteggere, ed attuare il diritto. — Il sistema della difesa privata. — La difesa privata, supponendo una pretesa certa. — La vendetta privata e l'origine delle pene private. — La guarentigia dell'ajuto dei singoli o di tutto il popolo (*testimonium* — il difensore del diritto)

I primi moti del sentimento del diritto offeso sono immancabilmente la violenta reazione contro della patita ingiustizia, la difesa privata e la vendetta. Quindi ogni diritto incominciò dalla difesa privata e dalla vendetta. Ma, giusta l'intendimento nostro d'oggidì, ciò altro non è che la confusione che precedette allo Stato, in cui il diritto non s'era sviluppato per anco dalla forza, e per ciò diritto non v'era. Sorse questo quando lo Stato imbrigliò quelle ebollizioni del sentimento giuridico soggettivo, e da sè trasse gli organi per attuare il diritto. Quindi, secondo il modo nostro di vedere, l'origine del diritto e quella dell' uffizio giudiziario sono gemelle.

Codesta idea nostra riceve spiegazione dal punto di veduta dell'odierno nostro ordine giuridico; ma io porto fidanza di chia-

rirla erronea riguardo al diritto romano più antico. È ben vero che nell'idea dell'ordine giuridico l'essenziale è la sicura e costante attuazione del diritto; ma sarebbe erroneo di pensare che siffatta attuazione non possa seguire che a mezzo dello Stato e delle autorità instituite da esso, e non anche per virtù immediata della vita.

Nell'origine ogni bisogno della vita a mezzo d'essa si soddisfaceva. Ed innanzi che lo sviluppo cresciuto informasse poco a poco degli organi speciali per servire ai varii intenti e bisogni della civile comunanza, non erano questi abbandonati al caso, ma la naturale difesa ministrava alla vita la medicina, pigliandola da essa. Accadde pure all'età nostra di veder proporre allo Stato la strana pretesa di organizzare il lavoro; ma per quanto siamo in oggi abituati al concetto dell'organizzazione per mezzo dello Stato, nonpertanto fu respinta codesta estrema sua conseguenza, e fu risposto: che il lavoro s'organizza da sè, e che lo Stato non può immischiarsene. Qual maraviglia adunque, che v'avesse un tempo, in cui anche la giustizia si organizzò senza il concorso dello Stato, in che allo Stato non bisognò di soccorrere gli individui perchè ottenessero giustizia, come non abbisogna oggigiorno perchè trovin lavoro?

Scorrendo anche alla giornata i molteplici interessi affidati alla sorveglianza od alla guida delle pubbliche autorità, ne troviam parecchi, che non molto dianzi erano a sè medesimi lasciati, e nei quali oggi tuttavia l'ingerenza dello Stato ci sembra indispensabile.

Non sarà accaduto lo stesso in quelli interessi, onde la tutela dello Stato risale ad un'epoca ignota, come verbigrazia nel diritto? L'ingerenza dello Stato nel diritto acquistò tanta preponderanza rimpetto alla virtù creatrice e soccorrevole della vita, l'ha ridotta in sì angusti confini, che la giurisprudenza lungamente dimenticò quest'ultima quasi del tutto, e rappresentò quindi la legislazione siccome l'unica sorgente del diritto. Fu solo nei tempi moderni che la scienza diede rilievo alla formazione del diritto per la via immediata della consuetudine; e oggigiorno chiunque si periterebbe di assegnare all'azione del legislatore l'incominciamento del diritto. Tuttavia anche dopo che si rigettò l'errore intorno all'origine del diritto, che tutto avvenga per mezzo dello Stato, non si è potuto ancora elevarsi ad un concetto egualmente libero per ciò

che risguarda la sua attuazione. Tiensi per requisito primo dell'ordine giuridico un giudice che sentenzii in nome dello Stato. In lui si ravvisa il segno che nell'istoria del diritto annunzia l'aurora, e si raccapriccia all'idea della supposta notte che avanti dominava; anzi non si agitò mai nemmeno la domanda, se l'immediata virtù organizzatrice propria della vita, che supplì lungamente alla mancanza del legislatore, non abbia potuto prestare l'istesso ufficio riguardo al giudice. Siffatto pregiudizio desta ancor più maraviglia, avvegnachè appunto il diritto romano antico, purchè nol si giudichi colle idee del secolo decimonono, ne convince più che ogn' altro l' insussistenza. L'autorità del giudice occupa nell'antico diritto romano così umile posto, e si dimostra così poco compresa dell'idea che lo Stato ministri giustizia, che si può giustamente reputarla una instituzione uscita dal sistema della attuazione immediata del diritto (cioè della privata difesa) e destinata a completarlo. Da tutti i punti del diritto romano di quell'età sorge la prova, che quel principio pretto romano che tramontò solo con quel popolo, cioè l'idea, che la sorgente del diritto non è nello Stato, ma nell'individuo, ebbe allora pieno ed inconcusso vigore. Ma la privata difesa non è che un corollario di questa idea; e viene manifestata *a priori* l'intensità straordinaria della virtù del sentire giuridico romano, e la sana costituzione della vita romana da ciò, che la privata difesa non trasse seco, siccome in Germania ai tempi del diritto del più forte, le risse in che il più potenteavevailsopravvento, e così ella da sè si distrusse; ma fu in Roma foggiata a sistema tanto pratico d'effettuare il diritto, che si poteva fare a meno dell'ajuto e dell'indirizzo delle pubbliche autorità. Non è che l'autorità giudiziaria non si mostri anche in questo sistema, ma vi è assai angusta, e, ciò che più monta, vi è subordinata e ligia al concetto del medesimo.

La forma, sotto di che quest'ordine ci è attestato per l'istoria, e nella quale essa ci si fa incontro nominatamente nelle dodici tavole, reca tuttavia seco tante tracce di sua origine, che ci è dato di ricostruirne la forma originaria e precedente all'istoria, applicando il mezzo riservatoci nel capo I, di usare pel diritto anteriore le induzioni retrospettive cavate dal posteriore. Lo stato solido, in cui lo troviamo nell'epoca istorica, ed in cui è omai in forme pronunciatissime cristallizzato, ci condizionerà a figurarcelo in quello dell'originaria fusione. E siccome ciò che

a noi più monta è di far comprendere quel sistema qual era ai tempi storici, incominceremo dalla descrizione dello Stato originario. La nostra costruzione del sistema originario si parrà dapprincipio una pura immagine di fantasia; ma secondo che il procedere della investigazione ci porgerà occasione di registrare le vestigia dei tempi storici, svanirà, come ne portiamo fidanza, quella apparenza.

Se cominciassimo dalle prove, ne patirebbe la perspicuità della sposizione; il nerbo della prova sta nel loro complesso. Quindi si ravvisi il punto donde moviamo siccome un centro ipotetico, la cui aggiustatezza sorgerà più tardi dalla dimostrazione, che tutti i singoli punti storici della periferia ancora riconoscibili convergono a tal forma di cerchio, che accenna quel punto come suo centro.

Trasportiamoci adesso in ispirito all' epoca, in che la comunanza non per anco avea prodotto gli organi per l' attuazione del diritto, e ravvisava il procacciarsi giustizia come semplice interesse particolare degli individui. Una tale condizione vi fu. S' ella esistesse avanti del sistema delle 12 tavole, o se perfino precedesse Roma è una circostanza accessoria; il principale si è, che nell'assenza poco si discostava dal sistema vigente più tardi, ciò che noi dimostreremo più avanti.

Ma non è che il caso allora dominasse invece del diritto, che la misura della forza fisica, onde disponevano le parti contendenti, desse il crollo alla bilancia.

Il diritto si attuava allora per virtù immediata della vita, benchè senza forme e senza cooperazione dello Stato. Chi per l'ingiustizia patita voleva ricorrere alla privata difesa, non era ridotto alla sola forza propria, ma quella ingiustizia eccitava nella comunanza una reazione del sentimento giuridico simile a quella da lui provata, cioè attiva, reale. Tanto ajuto trovava quanto gliene faceva mestieri, la preponderanza della forza fisica gravitava ordinariamente (come oggigiorno *nel sistema della amministrazione pubblica della giustizia* (1)) *dalla parte che aveva ragione.*

(1) In questo sistema, come in quello, non è impossibile il contrario. L'attuazione del diritto può fallire nello Stato meglio costituito per la

Il sentimento giuridico racchiude lo stimolo a realizzarsi, ed un'offesa, quantunque non risguardi che un singolo, eccita questo stimolo nell'universale. Se questo sentire non rinviene un organo per esternarsi, egli tenterà di procacciarselo direttamente. Non vi sia pure un giudice che chiami il delinquente a rendere ragione del suo misfatto, e che gli infligga la pena; esso è raggiunto tuttavia dal castigo, e forse con più certezza e celerità, che non avvenga nella amministrazione della giustizia meglio organizzata. È la giustizia popolare che dà autorità alla morale del popolo violata. Quindi ciò che nelle condizioni nostre consegue il timore della pena della legge e della spada vindice dell'autorità, lo si ottiene in quello Stato dal timore dell'immenso braccio di quella giustizia popolare. Malamente si apporrebbe perciò chi si figurasse che in quello Stato accadessero alla giornata delle scene di giustizia popolare, e di violenta personale difesa. Se il timore della pena, il prevedere l'inutilità della resistenza vale in oggi a trattenere dai delitti e dalle private ingiustizie, lo stesso doveva accadere allora. Che avrebbe giovato al debitore di provocare la difesa privata del creditore se, posta l'evidenza della pretesa avversaria, doveva antivedere l'inutilità di resistere? Ciò non valeva la pena che quando la pretesa era dubbia, e vedremo che appunto per questo caso sorse l'ufficio del giudice a supplire al sistema della privata difesa. Quindi nella trattazione che segue noi ci occuperemo anzitutto del caso, in cui la ragione che si fa valere è certa, o perchè la parte istessa la confessò, o perchè dei testimonii intervennero all' atto di crearla; allora non v' era quistione di diritto, ed occorreva soltanto l'esecuzione. Più tardi (capo 6) parleremo del caso in cui la ragione era dubbia: qui (all'uopo che la difesa privata dell' avente diritto raggiungesse sicuramente il suo intento) occorreva anzitutto un mezzo per risolvere la controversia.

resistenza, e l'irritazione d'un partito, come nel sistema della difesa privata, per la potenza strabocchevole di singole famiglie. Proveremo più avanti che tutta la procedura romana si fonda su del supposto, dal quale noi moviamo. Il giudice romano non fa l'esecuzione, ma l'abbandona al vincitore, e suppone quindi *che i mezzi fisici della ragione prevalgano alla virtù della resistenza fisica dell'ingiustizia.*

CONTINUAZIONE.

Della personale difesa quando la ragione è certa.

Nei delitti la presenza dei testimonii è accidentale, invece i testimonii possono sempre essere chiamati ad intervenire agli affari di diritto. Questa distinzione è importante rispetto al punto di veduta della certezza della ragione, preso a nostra guida. Esso ne obbliga a dividere la difesa privata verso d'un delitto (la vendetta privata) dalla privata difesa delle ragioni sulle sostanze. Per quanto i due casi suddetti di privata difesa a noi pajano per essenza diversi, pure anticamente non si ammetteva tale opposizione. Entrambi sono compresi nella voce *vindicta*, non già nella sua significanza posteriore(1), che suona vendetta, ma nel suo intendimento originario, che trapela ancora nella *vindicta* della vindicatoria (2). In ambe le specie il modo di vedere antico move dall'idea dell'offesa e lesione della persona. Il predone che volle derubarmi non si differenzia dal debitore che non vuol soddisfarmi il mio avere; amendue ledono ad un tratto il mio patrimonio e la mia personalità. Quindi le leggi delle dodici tavole infliggono ad entrambi egual pena; ed anzi la più crudele, che la legge conosca, è applicata in caso di concorso al debitore insolvibile. Ma dovendo in seguito, per altra occasione, porre in rilievo il punto cardinale, su di che si fonda codesta identità della difesa privata e della privata vendetta, cioè l'intima relazione tra la sostanza e la persona, noi vi rimettiamo il lettore. Avvertiamo solo ancora una volta, che se quind'innanzi distingueremo la vendetta privata dalla difesa privata, useremo di siffatta astrazione, propria di un'epoca posteriore, puramente nell'interesse del punto di veduta d'una ragione certa, onde stiamo trattando adesso.

(1) La quale si appalesa verbigrazia nelle *actiones vindictam spirantes* del diritto posteriore.

(2) Su di ciò, ed altresì sulla derivazione della voce *vis*, veggasi i capo 6.

Esaminiamo prima la difesa privata, verso d'un delitto, la vendetta privata. Il diritto romano ne ha conservato alcune vestigia (1). Se il marito sorprende l'adultero sul fatto, e mosso da giusta collera lo uccide, anche il diritto posteriore lo assolve dalla pena. Eguale licenza danno le leggi delle 12 tavole riguardo al ladro notturno, ed al diurno se resiste; in ogni caso il ladro che viene sorpreso (*fur manifestus*) viene dall'autorità aggiudicato al derubato (2). Per certe lesioni corporali (*membrum ruptum*) quelle leggi pronunciano la pena del taglione.

Per tutti questi tre casi era palese il torto del delinquente, e la legge non faceva che approvare ciò che la parte offesa tosto o tardi usava di fare sotto l'impressione della riportata ingiuria. Delle forme di vendetta alquanto più favorite dal costume una era quella, che la parte lesa s'impadronisse del suo avversario, e nol rilasciasse primachè si fosse riscattato. Ciò scaturisce, a'miei occhi, dal diritto posteriore, il quale accorda in alcuni casi espressamente questa facoltà, verbigrazia in quello dianzi toccato del *furtum manifestum*, in quello del convenuto che non ubbidisce all'eccitamento dell'attore di comparire davanti al giudice, del debitore insolvibile, e nei delitti commessi dagli schiavi o dai figli di famiglia.

Se il padre od il padrone non preferivano il risarcimento del danno arrecato da queste persone, dovevano *noxae dare* i medesimi, cioè consegnarli al danneggiato perchè sovr'essi, o coi loro servigii si risarcisse. Qualcuno tenne la congettura (3), ed io convengo secolui, « *che le azioni nossali contenessero in origine assolutamente la ragione alla consegna della persona del danneggiante allo scopo di esercitare sovr'essa la vendetta privata* ». Una simile ragione alla consegna la rinveniamo altresì nelle relazioni internazionali. Quei romani, che secondo i principii del diritto internazionale avevano offeso un popolo straniero, erano

(1) La letteratura del diritto criminale romano puro si distingue per grande accuratezza nella trattazione, pag. 29 e seg. Veggansi in Valerio Massimo degli esempi di vendetta privata. VI, 1, § 12-13, ec.

(2) Si dubitava se a modo di schiavo, ossia d'*adjudicatus*. Gaj. III, § 189.

(3) Dirksen, *Diss. sul dir. civ.*, v. 1, pag. 104.

abbandonati alla sua vendetta, come a modo d'esempio colui che ne aveva oltraggiato l'ambasciatore, ed il generale, che aveva conchiuso una *sponsio* coll' inimico che il popolo ed il senato romano rigettavano (1). L'abbandono segue *ut populus religione solvatur*, onde il popolo si lavi d' ogni compartecipazione alla colpa, e colle espressioni che s' usavano eziandio nella *noxae deditio* del diritto privato (*quandoque ... noxam nocuerunt ... ob eam rem hosce homines vobis dedo* (2). Nella prima di quelle due specie v'è un *obligatio ex delicto*, nella seconda una *obligatio ex contractu* (*della sponsio*), cui non adempiendosi nel privato commercio, s'incorreva in un debito, a che era seguace la schiavitù.

Il motivo che adducevasi nella consegna: *ut populus religione solvatur* e l'essenza della cosa ne conducono a ritenere questo principio anche nel privato commercio, che cioè chi tentava di sottrarre il delinquente od il debitore alla privata legittima difesa del creditore compartecipava all' ingiustizia, rendevasi reo di egual colpa (3). Una conseguenza di siffatto principio io la raffiguro nell'obbligo che si assumeva il *vindex* nella procedura romana. Chi interviene come *vindex* (4) *libertatis*, cioè chi vuole liberare a mezzo d'un' azione spiegata contro del detentore colui che asserisce di essere tenuto in ischiavitù ingiustamente, deve depositare una somma di soccombenza (*sacramentum*) e colui che con simile veste vuol difendere un debitore chiamato a ragione, entra nell'obbligo d'essolui; di guisa che, pel caso di soccombenza, in pena di avere impugnata la legittimità della difesa privata del creditore, deve pagare la somma dovuta, senza che per ciò liberi il debitore. Quindi se eziandio nel sistema della pubblica

(1) *Istoria del diritto internazionale dell'antichità*, di Maurizio Müller-Jochmus, § 71 e § 82.

(2) Livio IX, c. 10.

(3) Più tardi son concesse contro di lui delle azioni apposite. Veggansi a modo d'esempio i titoli del *Digesto*: *ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*, e nominatamente la l. 5. § 1. e la l. 6 *(is qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit)* ed il titolo *De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.*

(4) Fest., *vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.*

amministrazione della giustizia il *vindex* coll'infondata opposizione alla difesa privata legittima si esponeva a siffatta pena (1), quanto più nel sistema della privata difesa non doveva valere il principio, che chiunque si opponeva alla vendetta dell'offesa sopra dell'offensore partecipava all'ingiustizia di questo. Costui era in certo modo un lebbroso, il quale non poteva essere mondato che dall'offeso, e che ammorbava chiunque attentavasi di sottrarlo al castigo. Se alcuno era per delitto pubblico mandato a confino, era vietato espressamente a tutti di soccorrerlo. E per chi era incorso nella legittima difesa privata, per le cose suaccennate, ciò s'intendeva da sè.

Era quindi libero il corso alla vendetta dell'offeso. Se poi questa si potesse, anche per ogni piccolo delitto, spingere sino agli estremi, ovvero se, giusta la varietà dei casi, vi fossero prescritti dei confini più o meno ampii, la non è cosa che si possa determinare con precisione. Per le lesioni civili le leggi delle dodici tavole consentono la pena del taglione; il ladro ed il debitore decadono dallo stato di libertà; in caso di concorso poteva il primo essere tagliato a pezzi dai creditori (2). Ma, invece di soggiacere alla vendetta effettiva, si usava di frequente di liberarsene con emendare il danno. La pena privata (*poena*) (3) dei

(1) Ciò si mantenne anche quando il convenuto medesimo, invece del *vindex*, poteva sostenere il processo. Intervenendo egli in certa guisa siccome *vindex* suo proprio, doveva in caso di soccombenza pagare il doppio *(duplum)*. Parimenti non poteva egli ripetere il *simplum* pagato per errore. Se ciò fosse stato concesso, chiunque avrebbe potuto sottrarsi alla *manus injectio*, pagando per ripetere poscia, senza che gli convenisse di produrre un *vindex* e di temere la pena del *duplum*; quando prima del pagamento non si avrebbe potuto impugnare il credito, che a mezzo del *vindex*, e col pericolo del *duplum*.

(2) Il rimovere artifiziosamente l'*in partes secare* delle dodici tavole mostra l'assoluta incapacità di raffigurarsi colla mente lo spirito dell'antico diritto.

(3) Altri rilevarono digià, verbigrazia Rein *Il diritto criminale dei romani*, pag. 284, e Rubino, *Indagine intorno all'istoria ed alla costituzione romana*, v. 1, pag. 460, che *poena*, come la voce greca ποινή non significava che ammenda, onde vennero le espressioni *poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere*: che tutte additano non già il patire, ma bensì il pagamento di un' ammenda. Trattando del principio reli-

tempi posteriori non è altro che la determinazione di questo riscatto (1). Dove le sostanze mantengono nell'opinione popolare così fatta importanza, che la loro lesione trae con sè pel ladro la perdita della libertà, e pel fallito quella della vita; dove, per così esprimerci, partendo dal denaro si perviene alla pena più grave, là puossi altresì ritornare dalla pena incorsa al denaro.

L'offeso rinunciava all'esercizio del taglione contro il pagamento di una rilevante ammenda, e riportando dall'offensore la cessione del meglio ch'ei possedeva, non dissetava lo spirito di vendetta meno di quanto avrebbe fatto infliggendogli alcune gravi ferite. Per quanto avidi ed avari siano i nostri tempi, pure il nesso tra la proprietà e la personalità è sommamente fievole, a paragone di ciò ch'era nell'antica Roma (2). Ivi la proprietà era, in certo modo, una cosa sola colla carne o col sangue del proprietario, e, partendo da tale supposto, deve apparire naturalissimo, tanto che il danneggiamento dell'altrui sostanza si espiasse col corpo e colla vita, quanto che, a mezzo della sostanza, si riscattassero le lesioni della persona. In quella guisa che accettando l'inimico un riscatto pel prigioniero, se questi non riesciva a raccoglierlo, vi contribuivano i parenti e gli amici, ciò poteva accadere anche nella specie onde trattiamo. Ed infatti le leggi delle dodici tavole prescrivono, che il creditore debba esporre il debitore imprigionato pubblicamente in tre giorni di mercato, onde vedere se alcuno nol riscatti: e ci narra l'istoria di M. Manlio vissuto nel quarto secolo di Roma, che riscattò quattrocento debitori circa dalle mani dei creditori (3). Se la domanda dell'offeso non era strabocchevole, il padre, piuttosto che indursi alla *noxae deditio* dei figli suoi, amava di pagare, e quando l'autore istesso del danno possedeva qualche sostanza, ne sagrificava più volontieri

gioso approfondiremo la etimologia di *poena* in relazione col punto di veduta religioso.

(1) Altri eziandio son pervenuti a questa conchiusione, p. e. Köstlin, *La dottrina dell'omicidio e dell'uccisione*, pag. 29 e seg., il quale ha altresì riunito i casi particolari, a cui, giusta la testimonianza dell'antico diritto, erano comminate delle pene private.

(2) Nel secondo sistema tenteremo di dipingere la maniera di vedere romana, e la sua profonda influenza nel diritto.

(3) Liv. VI, 20.

una parte, che non abbandonarsi alla vendetta dell' avversario. Non bastando i suoi mezzi, vi avranno supplito i parenti, a meno che ei non fosse stato indegno del loro soccorso. Morto l'offeso, i parenti sottentravano a lui come vindici (1). Non decideremo il punto, se anch' essi potessero convenire del riscatto della vendetta, ond'andavano debitori al defunto; nè se tale convenzione avrebbe garantito l' offensore contro la *vindicta publica*, di cui parleremo a suo luogo.

L'ammenda era naturalmente varia a seconda dei casi. Influivano a determinarla il patrimonio delle parti, la loro condizione, i rapporti vicendevoli, il grado dell' indignazione da un canto, quello della provocazione dall'altro, l'intercessione degli amici ec. Stava al certo in balia dell'offeso di recare in campo una pretesa immensa, simile a quella che la procedura romana accordava a colui che doveva precisare la *litis æstimatio* col suo *juramentum in litem;* ma l'offeso era indotto dall'interesse suo proprio a non rendere impossibile al suo avversario di riscattarsi (2). Qui non erano senza peso anche l'opinione pubblica, e la costumanza. Se questa, come conviensi ritenere, avesse almeno fissate alcune massime generali per determinare l'ammenda, verbigrazia il quadruplo od il doppio del danno, od una certa quantità di pecore o di buoi, giusta la varietà dei delitti, non è a credersi che l'individuo, per timore di concitarsi contro l'opinione pubblica, osasse eccederli nel calcolo della sua pretesa. Dobbiamo per ciò figurarci un trattato, in che una parte proponeva, e l' altra

(1) Ciò spetta al cap. 8, siccome emanazione del principio di famiglia.

(2) Suppongasi, verbigrazia, ch'egli pretendesse dal debitore a sè aggiudicato il doppio del suo prezzo come schiavo, e quindi di ciò che egli poteva ritrarre dalla vendita prescrittagli *trans Tiberim*. Se il debitore era debole, o vecchio, poco fruttava quella vendita. Era una savia disposizione delle dodici tavole quella che prescriveva il termine assai breve (di sessanta giorni), per cui era permesso al creditore di tenere il debitore presso di sè. Con ciò era impedito al creditore di estenuare con continui crucciati il debitore, e d'altronde anche a questo conveniva di risolversi nei sessanta giorni. Durante siffatto periodo egli accumulava per avventura un conveniente riscatto ; ricusandolo il creditore fino alla scadenza del termine, gli conveniva venderlo, e ritrarne forse assai meno.

riproponeva, sinchè giugnevano a convenire. Le voci per significare ciò erano *pacere* (1), *paciscі*, *depacisci*, e per la convenzione medesima *pactum*. Quindi l'intendimento originario di *pactum* non è quello d'un contratto in genere, ma di *pax* pace, cioè concio delle inimicizie; *il convenire* mette un termine *al non convenirsi* (2).

Laonde importava ad ambe le parti, che l'esercizio della vendetta privata venisse redento, e certo non dovevano mancare di molti precedenti per determinare nei casi speciali l'ammenda, onde servire di guida alle parti. La composizione, per alcuni delitti, era interamente abbandonata alle parti anche nei primordii della pubblica amministrazione della giustizia: più tardi però la si recò in mano l'autorità. Se quindi si conveniva applicare il taglione, perchè una parte chiedeva troppo, e l'altra troppo poco proferiva, a vece della condanna nel taglione, il giudice istesso prefiggeva l'ammenda. Il giudice, come dianzi toccammo, rinveniva le norme generali onde determinarla nelle costumanze; e il prescrivere su di queste norme una tariffa stabile di ammende fisse non fu che un passo ulteriore immediato verso il perfezionamento di codesto metodo. Di già nelle 12 tavole troviamo delle somme fisse, p. c., per le ingiurie, e per alcune specie di furto; per altri casi invece queste somme non sorgono che nell'editto pretorio, verbigrazia, pel *furtum manifestum*.

Da ultimo, per buone ragioni, non si sarà voluto prefiggere con legge l'ammenda in alcuni delitti, cioè per abilitare il giudice a condannare in una somma maggiore o minore, a seconda della varietà del caso concreto. Questa via pare siasi p. e. preferita nel *membrum ruptum;* e più tardi la si adottò anche per le ingiurie, non avendo l'esperienza provato buono il sistema delle *ammende fisse*.

(1) La radice sanscritta è *pac* (legare) quindi la voce sanscritta *paca* corda. Pott, l. c., v. 1, pag. 267.

(2) Quindi *pactum* e *convenzione* hanno in origine relazione colla medesima idea, quella del *convenirsi*, *pacem condere*. Riguardo al diritto romano è mestieri di non obbliare mai questo concetto originario della voce *pactum*, la quale suppone perciò un *rapporto giuridico già esistente*, ed il *recesso* da una ragione *fondata* nel rigore del jus. Se lo si fosse avuto sempre innanzi al pensiero, difficilmente si sarebbe allignata tanto la falsa teoria dell'*obligatio naturalis* nascente secondo il diritto romano posteriore dal *pactum*.

Quindi all'epoca delle dodici tavole il sistema delle pene private stava ancora formandosi. Per alcuni delitti è riconosciuto ancora espressamente l'antico diritto dell'offeso alla vendetta (quantunque forse subordinato alla placitazione dell'autorità, in quanto al suo esercizio), verbigrazia, il taglione nel *membrum ruptum*, l'*addictio* nel *furtum manifestum*. In altri delitti invece, rinviensi, come testè accennammo, l'ammenda fissa sostituita di già alla vendetta. Per verità non abbiamo per questi ultimi casi testimonianze espresse che in essi valesse da prima la vendetta privata; possiamo però riconoscere ancora l'andamento dei fatti nel *furtum manifestum* e nel *membrum ruptum*, e ciò ne somministra un urgente indizio pel sistema delle pene private tutto quanto.

Quantunque cioè nelle dodici tavole traluca l'idea, che si potesse addivenire a componimento, *pacisci* (1), pure esse lasciano sussistere, come ultimo espediente, il taglione e l'*addictio*. Nella pratica posteriore non rinviensi per lo contrario più cenno dell'uso di questo estremo rimedio; il giudice pronuncia l'ammenda anche a malgrado delle parti. Giusta la testimonianza di Gellio (2) ciò seguitava in questa forma: il giudice pronunciava il taglione, e se il convenuto, *qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat*, *æstimata lite judex hominem pecuniae damnabat*. Siffatto procedere del giudice, di pronunciare prima sull'oggetto della dimanda, e di far poscia la stima, è bensì sconosciuto al diritto posteriore, ma, che s'usasse in origine, ci è d'altronde testificato (3).

Però, giusta le cose anzidette, la pena privata del diritto romano sono le ammende prefisse dalla legge o dalla consuetudine, con che poteva e doveva riscattarsi la vendetta privata da prima in uso. Di qui si penetra nel perchè le azioni penali del diritto posteriore, verbigrazia, l'*actio legis Aquiliae* pel danno e la distruzione delle cose, anche per ciò che si riferiva al semplice risarcimento, non potesse spiegarsi contro dell'erede del danneggiante.

(1) Pel taglione l'ordinano espressamente: *Ni cum eo pacit talio esto*; pel *furtum* sappiamo, benchè se ne ignorino le espressioni, che le leggi delle dodici tavole accennavano il *pacisci*.

(2) Gellio XX, 1.

(3) Gajo IV. § 48, *Sicut olim fieri solebat*.

Fa a noi maraviglia di vedere così rappresentata l'indennizzazione come una pena, e le nostre leggi d'oggidì si discostarono in ciò dal diritto romano. Ma la maniera di vedere dianzi accennata rende una ragione soddisfacente di siffatta singolarità. Il danneggiare l'altrui è un delitto, che suscita la vendetta del proprietario. Ma colla morte dell'autore la vendetta finisce; mentre il suo erede assume bensì col patrimonio i suoi debiti, ma non già le sue inimicizie ed ostilità. Ora siccome la pena si paga per isfuggire all'inimicizia, per ciò non altrimenti all'erede, ma soltanto all'autore conviene di pagarla. L'obbligazione, conseguenza naturale del delitto, non è già l'obbligo al risarcimento, ma bensì la vendetta privata. Ora questa trapassa il risarcimento nudo, mentre, oltre la cosa, venne offesa altresì la personalità del proprietario; e la *poena* od ammenda, che questi esige, vale a surrogare la sua vendetta, od a saziarne l'ira. A rispetto di questa tendenza personale del delitto, la reale non era nel diritto romano distintamente riconosciuta (1).

Ci rivolgiamo adesso a considerare la forza privata volta a perseguire le sole ragioni sulle cose, e rammentiamo, che qui pure pigliamo per punto di partenza il caso d'una pretesa certa. Come osservammo codesta certezza conferiva alla riuscita del sistema della forza privata, agevolando da un canto all'offeso di rinvenire il soccorso bastante per la violenta esecuzione che potesse occorrere, e rendendo dall'altro malagevole all'obbligato di guadagnarsi l'appoggio altrui. Ma in quanto alle ragioni ed

(1) Che l'erede dell'autore dovesse rifare ciò, che pel delitto era pervenuto nel patrimonio dell'creditando, e per questa via a lui, non è altro che una conseguenza del principio, su di che fondavansi le *condictiones*. Ma è d'altronde innegabile, che il diritto romano pospose il riguardo al risarcimento reale a quello del delitto, e della ragione da esso indotta al soddisfacimento della persona, dell'animo, come s'è nel testo accennato. E si conveniva avvertire questa differenza fondamentale tra il comprendimento odierno e l'antico romano, e segnalare il progresso di questo per rispetto a quello. La connessione di questa singolarità col sistema della vendetta privata fu qui accennata soltanto di volo; ciò non la spiega che da un lato; la risguarderemo eziandio dall'altro lato nel secondo sistema, intrattenendoci della causa delle obbligazioni romane.

acquisti concernenti le cose, si poteva sempre aggiungere tale certezza chiamando dei testimonii ad intervenire all'affare, con cui quelli creavansi. Laonde in quella guisa che riscontrammo nel *vindex* un patrocinatore dell'obbligato, che mettevasi al suo sbaraglio, così apprenderemo adesso a ravvisare nei testimonii dell'affare altrettanti patrocinatori dell'attore, che facevano loro propria la causa dell'adempimento della sua ragione (1).

L'atto solenne con che si conchiudeva un affare davanti ai testimonii chiamavasi *mancipatio*, quand'era ordinato a costituire la proprietà od altri rapporti di diritto riferentisi direttamente al dominio, e *nexum*, quando lo si applicava a creare delle obbligazioni. La forma sotto cui noi lo conosciamo appartiene evidentemente all'epoca posteriore, da poi che il *libripens* accenna l'epoca, in che il metallo era addivenuto il mezzo universale di scambio (2), com'egli è altresì molto probabile che i cinque testimonii di codesto atto sorgessero dalla costituzione di Servio, quali rappresentanti delle cinque classi inscritte nel censo. Qualunque fosse del resto la più antica forma della *mancipatio*, è

(1) * I diritti germanici ci somministrano delle analogie su questo proposito: la *conjuratio handreichida*, donde sorsero più tardi i *consacramentales*, era nell'origine una promessa ed una congiura solenne dei parenti di assistersi nella lotta, la *Werborge* degli anglo-sassoni.

(2) L'uso universale del metallo, siccome mezzo di scambio, è più recente della permuta degli oggetti. *Pecunia* derivò da *pecus*, che fu il primo oggetto mobile di valore. In bestiame s'infliggevano le multe, indi *peculatus*, furto del bestiame pubblico. Veggasi Varrone *De lingua latina*, lib. V, § 95 dell'edizione di Od. Müller, e lib. IV delle altre: *Hinc peculatum publicum primo tum cum pecore diceretur multa, et id esset coactum in publicum, si erat aversum.* Accanto al bestiame vengono anche le biade, *stips*, e quinci *stipendium* (stipem dare) soldo, e *stipulatio*. L'*aes* coi suoi derivati *aerarium*, *aestimare* (ragguagliare a bronzo (a), stimare) come pure *aes* militare (il soldo in biado ridotto a denaro), *equestre hordearium*, spetta ad un'epoca comparativamente posteriore; le somministrazioni in natura sono le prime, e la permuta è anteriore alla compra-vendita.

(a) Abbiamo tradotto *aes* per *bronzo*, perchè le prime monete metalliche dei romani erano un composto di rame con una tenue lega di stagno e di piombo, affinchè il metallo fosse più duttile. Savigny, *Diritto delle obbligazioni*, v. 1, p. 409.

certo che l'atto della testimonianza esisteva di già nel sistema della privata difesa. In quella prima condizione del diritto l'ufficio dei testimonii era ben più importante ed indispensabile che non nei tempi successivi.

Se il creditore infatti voleva impiegare la forza privata per attuare un diritto acquistato dinanzi ai testimonii, a questi si rivolgeva primieramente (1) per ajuto, ed essi, giusta l'opinione dominante, erano obbligati a prestarglielo. Nel diritto posteriore, cioè quando la parte che sostenevano i testimonii s'era ridotta alla semplice testimonianza, le dodici tavole prescrivono (2): *qui se sierit testarier libripensve fuerit, ut testimonium fariatur, improbus intestabilis esto;* quindi nel sistema della forza privata si sarà riputato *improbus* ed *intestabilis* quel testimonio che si ricusava di concorrere effettivamente all'esecuzione del negozio. Ora ci conviene dimostrare distintamente che questa specie di cooperazione eventuale del testimonio era realmente attesa e domandata. È qui però uopo di richiamare l'osservazione già fatta; che in pochissimi casi si conveniva di ricorrere alle vie di fatto; mentre il peso morale e fisico, che il soccorso dei testimonii arrecava alla ragione del creditore, soffocava nel suo nascere gli inutili conati di resistenza.

Laonde tal'è la massima che ci conviene di provare: il testimonio dell'età più antica garantiva anticipatamente alla parte interessata il suo ajuto, ossia a dirlo, con una parola, *testis* equivaleva a *garante.*

Quando la parte istessa attua la sua ragione, la condizione ed il compito dei testimonii rogati è necessariamente diversa da allora che il giudice istesso s'incarica dell'esecuzione. In questo secondo caso il testimonio può e deve limitarsi a fare testimonianza su ciò che vide, e lo si può come *sciente* raffigurare.

(1) Nel caso che venissegli contrastata la proprietà, ei si rivolgeva, secondo il diritto posteriore, all'autore che gliela aveva trasmessa. La difesa processuale, che questi doveva prestargli, era per avventura la forma superstite d'un ajuto, nell'origine, materiale: e la *litis denunciatio* era forse, nel sistema della privata difesa, l'invocazione del soccorso fisico.

(2) Gellio XV, c. 13.

Ciò accade verbigrazia nel diritto germanico (1). Ma per contrario, allora che non solo bisogna deporre e piatire, ma altresì operare, il testimonio rogato non corrisponderebbe colla semplice asserzione alla fiducia in lui collocata; la verità ch' ei deve testimoniare risiede in origine nel braccio. Secondo l' etimologia, così della lingua latina come della tedesca, quello è vero, che viene convalidato, garantito (2); quindi è verità ciò, per cui si entra mallevadore. Se tale è il concetto originario della verità, ufficio principale del testimonio è quello di convalidarla.

In lui sarebbe vigliaccheria non seguitare la parte mentre si reca dall' avversario per aver sua ragione, vigliaccheria abbandonarla quando incontra resistenza. Per ciò vediamo che nella *reivindicatio* convengono, al combattimento simulato, dei consorti (*superstites*) d'ambe le parti. Se v' era ragione di far questo nel combattimento simulato, quanto la non era maggiore nel caso della forza privata effettiva; e chi avrebbe avuto più stretto dovere d'intervenirvi dei testimonii dell'affare, ch'era la causa di questa privata difesa? I consorti d'ambo i contendenti appariscono ancora al cominciare della lite, ed all' attitazione della causa, e si pigliano a testimonii (*contestari*; indi quest' atto chiamossi *litis contestatio*). Perchè ciò? Non faceva mestieri di testimonii privati per un atto che compievasi dinanzi al pretore (*in jure*), altrimenti si sarebbero dovuti pure chiamare, e rogare ad ogni altro atto eseguito davanti al Pretore, verbigrazia alla *confessio in jure*, alla *in jure cessio*, mentre invece ivi non se ne fa cenno giammai. Quei testimonii della *litis contestatio*, che vanno ora colle parti dinanzi al Pretore, non sarebbero per avventura gli antichi consorti della privata difesa?

(1) Il nome di testimonio si piglia qui dalla scienza, verbigrazia, in dialetto alto-tedesco-antico *gevvizo* (sciente) *Kivvizida, givviznessi, gevizcaf* (testimonianza) nell'anglo-sassone *gevita*, nell'antico-settentrionale *vitus* (testimonianza). Anche il goto *veitvôds* (testimonio) ha relazione con *vitan* (sapere). Grimm fa derivare anche l'alto tedesco di mezzo *geziuge, ziuc*, ec., ed il basso-tedesco *getüge* da *ziehen* (rogare, cioè il rogato.

(2) Vero e *verus* derivano dalla radice sanscritta *vri* (coprire, difendere), indi, verbigrazia, il goto *varjan* (difendere) il polacco *wara, wiera:* e ciò che vien difeso, protetto, convalidato, è vero. V. Pott nell'opera citata, v. 1, pag. 225.

Il testimonio del diritto più antico, conservatosi per lungo tempo nella *mancipatio*, e rimasto superstite eziandio a questa nella forma dei testamenti prescritta del diritto romano novissimo, è un testimonio solenne, vale a dire il suo intervento è un requisito formale dell'atto; il testimonio vi piglia parte, è altro degli attori, si deve eccitarlo a parteciparvi, ed egli deve proferirvisi disposto. Quindi non è testimonio solenne chi fu presente all'affare, senza esservi rogato, quantunque ne possa rendere la più credibile testimonianza. Lo stesso vale per le donne; non manca loro la credibilità, ma bensì quella forza fisica, con cui l'uomo, occorrendo, convalida le sue parole; e per questo difetto elleno sono incapaci, così alla testimonianza, come alla tutela, per cui nei tempi più antichi si richiedeva la forza fisica. Nel testimonio solenne la credibilità non importa; quindi gli interessati possono rogare i loro proprii parenti, ed anche nel diritto romano *nuovo* era valido il testamento, se i testimonii rogati erano tutti fratelli dell'erede instituito. Tutte queste massime non convengono coll'idea, che il peso della testimonianza risiede nella scienza, ma divengono chiare quando si guardano dal nostro punto di veduta, che al testimonio del diritto antichissimo si conviene di garantire l'affare. Quando esse pure non servissero ad altro, mostrano almeno, che il nostro parere si affà alla natura della testimonianza solenne.

L'etimologia ci somministrerà anche in seguito di molti schiarimenti per questo sistema; lo può essa anche nella congiuntura presente? Io lo credo. La lingua latina ci offre nella radice *sta* (1), onde derivò *sto, stare* un punto d'appoggio per l'etimologia di *testis*. Questa voce è il raddoppiamento sanscritto (*tishthâmi*) della radice *sthâ* tanto adoperata. Laonde *testis* in origine significava l'assistente, l'ajutatore, non un ozioso spettatore, ma un garante ausiliario. Indi si spiegano anche le espressioni *antistes*

(1) * Nel raddoppiare la prefata radice la lingua latina è fluttuante: ora adopera il raddoppiamento latino, come in *sto-steti*, *spondeo-spopondi*, ora il greco come in *sisto* ἵστημι per σίστημι. E perchè in una radice tanto adoperata, com'è quella, non avrebbe conservato anche la maniera sanscritta da noi ritenuta? *Lodorico Lange, professore di filologia a Gottinga, in una dissertazione critica sull'opera presente.*

superstes (da *super-sta*) nome donde appellavasi, come dianzi accennammo, il consorte che interveniva al finto combattimento nella *rei vindicatio*.

Siffatto argomento etimologico può convalidare la mia opinione ma non è da esso ch'ella nacque. Due sono le ragioni che la insinuarono nell'animo mio, primieramente la convinzione che il carattere che informa il diritto nel presente suo grado di sviluppo, la preponderanza della forza fisica, conviene che s'appalesi eziandio nell'instituto dei testimonii, che lo modelli giusta il sistema della privata difesa. In secondo luogo una apparizione, il di cui esame ci trarrà fuori del campo ristretto del tema presente. È dessa il *testamentum in comitiis calatis*. Si disputò se il popolo in questa specie di testamento votasse, od esercitasse soltanto la funzione di testimonio; e per sostenere quest'ultima opinione si si riportò alle espressioni *testari testamentum*, ec. (1) avvisando che esse racchiudessero il concetto della comune testimonianza. Ma qui accade invece di rovesciare l'argomento e di dire: *testis*, *testari* ec. ebbe nei più antichi tempi una significanza diversa, avvegnachè non è supponibile che in ogni erezione di testamento tutto il popolo romano sostenesse la parte d'un testimonio ordinario. Perchè chiamare tutto il popolo a testimonio, coll'unica intenzione di constatare un fatto? E per verità non si può comprendere, come un popolo tanto intelligente della pratica seguisse la via più incomoda e complicata, per conseguire uno scopo che si poteva attingere medesimamente a mezzo di pochi testimonii. È bensì vero che tali comizii non si celebravano che due volte all'anno, ma ciò appunto è un argomento in favore della mia opinione. Dappoi che se il popolo non doveva prestare altro che una testimonianza, quanta sproporzione non correva tra la prerogativa e la limitazione a due epoche fisse dell'anno! Perchè adunque indirizzarsi al popolo per una semplice testimonianza?

Ma no, il popolo doveva prestare ben altro che una semplice testimonianza: era suo ufficio non solo di ascoltare, ma di votare; il testamento veniva approvato come una *lex*. L'idea che il testa-

(1) Verbigrazia, Dernburg. *Supplementi all'istoria dei testamenti romani*, pag. 16 e seg.

mento sia una *lex* si mantenne, in alcuni riguardi, anche nel diritto posteriore. Ai testimonii testamentari s'indirizza una *rogatio* come al popolo nel proporgli le leggi; l'atto del testatore si denomina *legare*, le ultime disposizioni debbono essere concepite in modo imperativo, e nei loro effetti materiali (come lo proveremo nel secondo sistema, con cui hanno attinenza) eccedono la forza degli affari privati, ed esplicano una virtù, che non s'incontra altrove che nelle leggi, o nelle disposizioni dal popolo emanate (1). Dal punto di veduta del diritto antichissimo due riguardi ci possono scorgere a conoscere, che la conferma del testamento per una deliberazione del popolo era una conseguenza di tal diritto. Primieramente cioè il riguardo al principio della famiglia, che richiedeva siffatta cautela contro le disposizioni arbitrarie d'ultima volontà nell'interesse delle *gentes*. Di ciò non potremo trattare che nel capo 8. Secondamente il riguardo al principio soggettivo, onde stiamo trattando; cioè l'interesse medesimo del testatore domandava una simile provvidenza. Se mai conveniva di porre un affare sotto la tutela di tutto il popolo, anzichè di semplici testimonii privati, ciò accadeva per appunto nel testamento. Avvegnachè il testamento perturbava più che qualunque altro atto assai gran numero d'interessi privati, e non di singole persone, ma d'intere *gentes*, e quindi egli incontrava una resistenza senza paragone maggiore che qualunque altro affare. Inoltre il testamento è l'unico atto che esplica la sua efficacia dopo il decesso del disponente, e che perciò non contiene che la volontà di chi è omai privo della virtù di volere, la quale pretende di propagare i limiti della sua efficienza oltre a quanto è statuito dalla natura. Per quanto poca difficoltà a noi faccia l'ammettere siffatta prerogativa, per poca che ne provassero più tardi anche i romani medesimi, è però certo che in origine la libertà di testare parve loro tutt'altro che naturale.

(1) Per atto d'esempio rammento questi due punti. Il legatario acquista la proprietà della cosa legata *ipso jure* senza appropriazione, ciò che non accade mai se non nelle concessioni del popolo o de' suoi incaricati. Oltracciò ogni affare giuridico del diritto antico s'attua tosto, mentre il testamento dispone, come una legge, sopra i futuri rapporti di diritto.

Parecchi popoli non si son mai potuti innalzare sino a questa idea, ma invece si arrestarono sempre, nella sostanza, alla successione intestata; perchè l'intendimento giuridico dei più antichi romani avrebbe dovuto essere tanto singolare da risguardare *a priori*, siccome naturale, ciò che i predetti popoli non discoprirono mai? No, appunto l'influenza della forza fisica nel diritto, che ora stiamo considerando, rende più che verosimile che i romani eziandio risguardassero, in origine, siccome cosa esorbitante ed aliena dal diritto individuale di propagare la volontà soggettiva oltre l'esistenza fisica. Ma appunto perchè la rigorosa conseguenza del principio romano della famiglia creò il bisogno delle disposizioni di ultima volontà, ed impose ai romani i testamenti, ad impedire le controversie intorno all'efficacia d'un' ultima volontà manifestata davanti a semplici garanti privati, era ovvio il rimedio di metterla sotto la guarantigia del popolo, cioè di impetrare una *lex* che la confermasse. Come in qualunque altra deliberazione, anche qui si proponeva una *rogatio* al popolo, ed egli votava, com'è naturale, a suo senno, negando od accordando la chiesta conferma. Il testatore otteneva per questa via tanta certezza dell'adempimento sollecito della sua volontà quanta non avrebbe, per un atto così esorbitante e dubbio nel diritto, potuto somministrargli la presenza del più gran numero di testimonii.

L'intenzione di contrassegnare nel *testis* del diritto antichissimo un mallevadore privato dell' affare conchiuso colla sua cooperazione ci ha tratto a considerare un caso, in cui questa guarantigia era riputata insufficiente, e vi si surrogava quella del popolo. A questo caso facciamo seguire una congettura intorno alla mutazione della guarentigia privata in pubblica.

Al *testamentum* in *comitiis calatis* succede poscia il *testamentum per æs et libram*, cioè accompagnato dalla solennità della mancipazione. Si rinnegò con questo l'idea originaria che il testamento abbisognasse della guarentigia del popolo? È più naturale una spiegazione diversa. Se cioè i cinque testimonii della mancipazione sono, come generalmente si crede, i rappresentanti delle cinque classi del popolo romano inscritte nel censo, allora il testamento per mancipazione serbossi fedele a quell'idea, la sua efficienza risiede allora nella approvazione impartita dal popolo a mezzo de'suoi rappresentanti. Si comprende di leggeri che con

discoprire un caso, *in cui è dimostrato che i cinque testimonii surrogano tutto il popolo*, l'interpretazione del loro intervento acquista la massima verosimiglianza. Che se noi usiamo ampiamente dell'idea prefata che codesti testimonii rappresentano il popolo, arriviamo alla conseguenza, che la mancipazione (1) è il mezzo onde imprimere con facilità agli affari il suggello della pubblica garanzia. Anticamente si sarà per avventura praticato di assicurarsi, per le disposizioni più importanti fra vivi, dell'appoggio del popolo come ne'testamenti: ma, comunque sia la cosa, egli è certo che i diritti creati colla *mancipatio* si fondano sulla autorità del popolo, che vengono *pubblicamente guarantiti.* Coll'espediente rinvenuto nella *mancipatio*, di comunicare ad un diritto la sanzione suprema, non venne tolto il postulato, che l'individuo reca in sè la ragione del proprio diritto, e quindi non fu impedito di erigere un atto giuridico con solennità diverse dalla mancipazione: ma è intuitivo altresì che l'uso di questa si sarà reso ognora più frequente negli affari di maggior rilievo, e che, in decorso di tempo, l'ommissione di siffatta forma negli affari, in cui costantemente la si impiegava, si sarà risguardata siccome motivo di nullità. Il postulato che la forza attiva individuale sia fonte del diritto veniva rimosso in questi casi, od, a meglio dire, si modificava pel requisito di un riconoscimento e d'una sanzione pubblica del diritto: in siffatte specie adunque il concetto del diritto si eleva, e se ne amplia il fondamento formale. Ma con ciò oltrepassiamo l'originario fondamento del diritto, cui adesso intendiamo, il postulato nostro della volontà soggettiva, ed entriamo su di un terreno su cui non dovremo recarci che nel capo 9. Basti quindi, per ora, di aver scoperto, che i *testes* in tutti gli affari conchiusi per la *mancipatio* assumono, nel sistema della privata difesa, un carattere pubblico. Non essi soli si obbligano ad attuare, all'uopo, il diritto sorto colla loro compartecipazione, ma col ministerio loro rappresentativo rimane impegnato a ciò anche il popolo romano. Quindi il danneggiare ed il violare un tale diritto, e la resistenza alla difesa privata, cui s'appiglia chi l'ha, per difenderlo, è *un' aggressione del popolo*

(1) Fu di già dimostrato addietro che il *nexum* non era che l'applicazione della *mancipatio* alle obbligazioni, e quindi non accade che se ne faccia speciale menzione.

romano, un oltraggio all'ordine giuridico riconosciuto. Colui che ha il diritto usa la difesa privata in nome del popolo, ed egli è insignito della podestà e della autorità ond'è cinto, ai nostri occhi, colui che ha l'incarico di attuare la legge.

Chi vien richiesto da lui per ajuto, e prima d'altri il testimonio, ha il diritto e l'obbligo morale di accordarglielo; chi poi presidia la resistenza che oppone l'avversario, quegli soggiace all'istessa condanna di questo. Il rispetto per la legge, l'antiveggenza dell'inutilità del tentamento di resistere all'incaricato dell'esecuzione, che sono i motivi che rendono oggigiorno rarissima l'opposizione, avevano prodotto in Roma un effetto somigliante. In nessun luogo del mondo si ebbe tanto rispetto, quanto in Roma, per chi veniva in nome della legge.

Nè accade ch'io mi distenda a provare, che la dignità comunicata da siffatta veste non dipende dall'essere essa, com'è oggidì, unita alla persona fissa di un impiegato, quando invece presso dei romani poteva andarne insignito, per scopi transitorii, ogni privato; e che quindi tale dignità non dipende da simili accessorii, ma dal grado del rispetto alla legge residente nell'animo d'un popolo.

CAPO VI.

Decisione contrattuale delle liti. — Relazione tra l'ufficio pubblico del giudice ed il sistema della privata difesa. — Forma di tale sistema nei tempi posteriori.

Dalle considerazioni fatte fin qui abbiamo ritratto, che lorquando il diritto era certo non bisognava l'ajuto dello Stato per attuarlo: noi vedremo in seguito, che lo Stato romano mosse dallo stesso principio, allora pure ch'egli ebbe attinto l'apice del suo sviluppo.

Ma come poteva accader questo lorquando mancava quel supposto della certezza del diritto? Poteva lo Stato abbandonare anche allora le parti a sè medesime? Non era ciò equivalente a provocarle a vie di fatto, ed a costituire il caso per giudice? Non era quivi impertanto indispensabile l'amministrazione della giustizia per mezzo dello Stato? Ciò in vero sembra, ma io porto fiducia che mi sarà dato di mostrare, ch'egli non è che mera

apparenza, e che invece qui pure era sufficiente il sistema della attuazione immediata del diritto.

Il bisogno di decidere le liti non venne soddisfatto d'una guisa da per tutto. Presso d'alcuni popoli per ciò si si rivolge alla divinità, la quale rende i suoi pronunciati coi giudizi di Dio, cogli oracoli, colla sorte; presso d'altri si ricorre per contrario all'autorità. Ma in ambo i casi le parti si assoggettano ad un potere superiore. Ma il popolo romano, ovvero quel popolo donde il romano discende, si è messo per un'altra via, la quale è indizio urgentissimo del suo intendimento. Sembra veramente che il popolo romano siasi, nell'epoca storica, vòlto alla via ordinaria di far decidere le liti dal giudice, ma in realtà la via scelta dal popolo romano è tutt'altra dalla comune, è il sistema originario innalzato e regolato; le fondamenta e la tendenza antica son mantenute, e in più d'un sito elle traspajono ancora in modo irrepugnabile. In origine l'attore otteneva la decisione della lite, o rimettendola al suo avversario, con deferirgli il giuramento, ovvero proponendo al convenuto di pigliare la decisione da un terzo, dall'arbitro. Se l'avversario vi acconsentiva la conseguenza nasceva da sè; la decisione, per mezzo del giuramento o per quello dell'arbitro, aveva per fondamento il consenso reciproco; onde ella obbligava ambe le parti, e la sua attuazione cadeva sotto il punto di veduta eletto da noi nel capitolo antecedente.

Ma, e se l'avversario rifiutava ogni proposizione dell'attore? Per questo rifiuto egli riconosceva il proprio torto, non essendo ragionevole ch'egli si sarebbe ricusato se fosse stato realmente convinto del suo diritto. Provava quindi con ciò ch'ei non si confidava della giustizia della propria causa, e, ravvisando una confessione indiretta del debito nel suo rifiuto (1), non si usava ingiustizia a lui, che precideva all'avversario la possibilità di ottenere una decisione. Nella privata difesa la preponderanza fisica si metteva, assieme all'opinione pubblica, dalla parte del suo avversario.

(1) Ha relazione con questo la sentenza del giureconsulto romano nella l. 48 *D. de jurej.: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre,* * Livio III, 57: *Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere,* inoltre, l'*actio furti prohibiti* presso di Gaj. III, § 192.

Tanto l'instituto degli arbitri, quanto il giuramento estragiudiziale, spettavano al sistema della privata difesa, dappoichè essi facevano facoltà a colui che aveva il diritto, di provocare la decisione della controversia, o per lo meno di dare la stretta all' avversario, e di costringerlo alla confessione indiretta del torto mediante il suo rifiuto. Ambo questi mezzi erano usitatissimi e volgatissimi in Roma anche nell'epoca posteriore; ambo, rivestiti di forme solenni, vengono indotti nella procedura romana. In questa io non veggo altro che lo scheletro di sì fatta decisione contrattuale delle controversie, che le parti medesime procacciavano avanti di essa. Il giuramento stragiudiziale si converte in giudiziale, l'arbitro in giudice, senza che per questo l'uno e l'altro soffra alterazione nell'essenza. L'introduzione dell'ufficio del giudice non contrassegna nell'istoria del diritto un rivolgimento per rispetto alla condizione sovraccennata.

Il sistema della immediata attuazione del diritto, onde insino ad ora trattammo, non ci è testimoniato direttamente, ma, per quanto io penso, egli si mostra ancora a chiare note nel diritto dell'epoca istorica. Ciò è come dire, che questo altro non è che il sistema preaccennato, coll' unica differenza, che quivi egli ha assunto delle forme determinate, e dalla sua condizione anteriore di fluidezza e mobilità passò allo stato solido. Presso di alcun popolo non fu tanto prepotente, quanto presso dei romani, il genio per le forme, il sentimento di un ordine esteriore rigoroso e della sua regolarità; ogni idea che sorge in mezzo di loro tende ad indossare certe forme, con pregiudizio ancora della sua sostanza intrinseca. Quindi se noi ci abbattiamo in una tale idea ristretta in una formola angusta, non ci conviene di lasciarci illudere da ciò sulla originaria sua ampiezza e verace intendimento; ed all'uopo di rendere efficace questa ammonizione, per rispetto all'articolo onde c'intratteniamo, ho procacciato di spogliare il diritto dell'epoca storica delle sue formole, e di esporre le idee che ne sono il fondamento nella loro schietta nudità. Il motivo che mi ha indotto a far questo, non fu tanto il desiderio di spingere lo sguardo oltre ai tempi storici nell'età primitiva, quanto la speranza di assicurare, per sì fatta via, il diritto cono-

scimento del sistema dell'epoca istorica. Volgendoci presentemente ad esso, noi dobbiamo adunque dimostrare che la veduta universale, ond'egli è informato, è il pensiero che la fonte originaria del diritto non è già nello Stato, ma nell'individuo, e che conseguentemente anche l'attuazione del diritto non è cosa che s'appartenga allo Stato, ma sì bene all'individuo cui spetta. A tal uopo noi procureremo di conoscere, primieramente l'ampiezza e la significanza della privata difesa nell'antico diritto: proveremo in secondo luogo, che la procedura romana riposa sulla decisione contrattuale delle parti.

1. La privata difesa non solo non è proscritta dall'antico diritto, ma ella è anzi il supposto essenziale dell'intero ordine giuridico.

Il diritto della repubblica non conosce l'attuazione della ragione a mezzo dello Stato, ma l'abbandona interamente a chi l'ha, e quindi muove dal supposto, da noi documentato nel paragrafo antecedente, che il secondo saprà procacciarsi in ogni circostanza i mezzi da vincere la resistenza contingibile dell'avversario. Per quanto io mi sappia in nessun luogo vien fatta menzione del bisogno, od anche soltanto della possibilità, d'una cooperazione officiale nella esecuzione privata.

Ora v'hanno due specie di privata difesa: la solenne, accompagnata dalle forme della *legis actio*, e quella senza solennità. La solenne, per la quale accade nominatamente di proferire una certa formola, applicata alle persone, è la *manus injectio*, applicata alle cose, è la *pignoris capio*. Per entrambi i casi il diritto prescrive delle condizioni, le quali risguardano, in parte la natura della ragione da proporsi, in parte la sua verità formale. Merita per altro d'essere osservato, che tra queste non è rammentata l'approvazione dell'autorità (1).

(1) Per verità, giusta la regola comunicataci da Gajo IV, § 20, le *legis actiones* si conveniva intraprenderle *in jure* davanti al pretore, ma quella regola non sembra che l'astrazione teorica d'un'epoca posteriore; mentre, riguardo alla *pignoris capio*, viene osservato espressamente, che ella si faceva *extra jus*; e descrivendo la *manus injectio* IV, § 24-25, Gajo obblia la propria sua regola, o per lo meno narra il fatto, che la persona, su di cui il creditore eseguiva la *manus injectio, nisi vindicem dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.* Ad ogni modo, codesta ripetizione della *manus injectio* davanti al tribunale, non conviene scambiarla col domandarne la facoltà al Pretore.

La *pignoris capio* era un pignoramento privato, e non aveva luogo che pei crediti risguardanti la milizia, la religione o la politica (1). La forma regolare della privata difesa solenne era la *manus injectio;* si si impadroniva della persona dell'avversario, la si traeva seco alla propria abitazione, e la si teneva in ceppi fino a che, o avesse soddisfatto il creditore, ovvero fosse arrivato il tempo di venderla *trans Tiberim.*

La *manus injectio* avveniva in una serie di casi, che tutti si possono ridurre sotto del punto di veduta, che quello, contro cui era diretta, s'era dichiarato debitore da esso, *sua sententia damnatus;* solo che sì fatta condanna di sè del debitore aveva assunto certe forme, sull'esempio della privata difesa, che quivi apparisce sotto la forma solenne della *manus injectio.* Ai casi suddetti appartiene, prima d'ogni altro, quello della *confessio in jure*, cioè quando il convenuto confessava davanti al pretore, appena ch'era stata proposta l'azione; allora non v'era bisogno di condanna. Io porto eguale opinione pel caso che l'attore avesse prestato il giuramento a lui deferito, o riferito dal convenuto, solo che, anche in questo caso, la virtù che in origine era inerente al giuramento come tale, si fece dipendere dalla sua prestazione in *jure.* La condanna propria del convenuto era in tal caso vincolata alla condizione, che l' attore prestasse il giuramento. Il terzo caso risguardava tutte le pretese fondate su di un affare conchiuso colla solennità della *mancipazione.* Anche allora la *manus injectio* s'appoggiava sulla confessione del debitore, sul riconoscimento del suo obbligo fatto solennemente dinanzi ai rappresentanti di tutto il popolo. Il quarto caso era quando il convenuto si ricusava di obbedire alla *in jus vocatio* dell'attore; il suo rifiuto d'impegnarsi nel processo si riguardava, come avvertimmo poco addietro, siccome una confessione indiretta. Si usava da ultimo la *manus injectio* per eseguire le sentenze giudiziali. Secondo l'opinione dell'universale quest' ultimo caso si sarebbe dovuto metterlo alla cima come il primo, poichè, giusta essa, la sentenza del giudice è il supposto modello della esecuzione, ed i casi rimanenti della *manus injectio* a lei pajono esser quelli, a cui si è propagata l'autorità della sentenza del giudice. Tal pensamento è affatto giusto per l'epoca nostra,

(1) Gajo IV, § 26-28.

e per quella dei giuristi romani classici, che infatti additano il giuramento (1) e la confessione come altrettanti surrogati della sentenza del giudice. Ma io reputo completamente erroneo il trasferire una idea sì fatta nell'antico diritto romano (2); il rapporto che passa quivi tra la sentenza del giudice, la confessione, ecc., è affatto l'opposto. La sentenza del giudice ritrae la sua virtù unicamente da ciò che il convenuto la riconobbe preventivamente per obbligatoria. Mentre, giusta l'opinione da noi impugnata, si conveniva di derivare direttamente o indirettamente dal giudice la sua ragione alla *manus injectio*, per contrario questa deriva tutta quanta la sua autorità dalle parti, come subito proveremo.

La differenza tra la *manus injectio* e la privata difesa senza solennità, risiedeva, indipendentemente dalla sua forma e dai suoi supposti, in ciò, che a quello contro cui dirigevasi non solo era interdetta la resistenza di fatto, ma rimaneva eziandio preclusa la via giudiziale. La *manus injectio* toglievagli, per dirlo colle voci tecniche, la *persona standi judicio*. Era vietato ai terzi di prestargli ajuto nel suo tentamento di resistenza; l'unico mezzo onde salvarlo era che altri sorgesse per lui siccome *vindex*, e facesse la legittimità della *manus injectio* oggetto d'una decisione giudiziale. Ma, nell'ultimo capo, avvertimmo di già il frangente a cui si metteva il *vindex*; s'egli soccombeva, in pena del suo intervento illecito, doveva pagare tutto l'importare del debito, senza che egli liberasse per questo il debitore.

(1) Nella l. 1, *D. quar. rer.*, vien detto del giuramento: *Vicem rei judicatae obtinet, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum*; e nella l. 26, § 2, *D. de jurejur. proficiscitur ex conventione, quamvis et habeat instar judicii*, e nella legge 2, ibid., è detto persino *majorem auctoritatem habet quam res judicata.*

(2) Io credo che si proceda a rovescio volendo dedurre da Gajo IV, § 21-23, che ad esempio della *manus injectio judicati* si nominasse nell'antico diritto ogni altra *injectio: pro judicato.* Poichè Gajo si restringe, nella sua esposizione, alla sola *manus injectio judicati*, ed a quelle venute da essa, ch'egli chiama *pro judicato:* ma egli non parla delle altre applicazioni della *manus injectio*, che avevano luogo nell'antico diritto, e donde alcune andarono di buon'ora in disuso, come, verbigrazia, quella per il *nexum*.

Più tardi si manifesta la tendenza a respingere, ed affievolire ognora più la *manus injectio*. L'antica idea in cui la si aveva fondamenta, lasciò, col crescere dello sviluppo politico il varco all'opinione naturale, che alla *manus injectio*, siccome mezzo di esecuzione, bisogna la approvazione giudiziale; e però noi la vediamo da ultimo ristretta all'esecuzione delle sentenze giudiziali o ad un altro caso speciale; sin che, cessato il sistema delle *legis actiones*, ella scompare anche qui.

Ma per tutti gli altri casi, giusta il metodo notissimo dei romani, ella non fu distintamente abolita, ma la si lasciò sopravvivere impiccolita nell'aspetto, come *manus injectio pura*. Si concedeva cioè al debitore medesimo, come si esprimevano allora, di *manum sibi depellere*, cioè di sostenere la parte di *vindex*, di impugnare personalmente la legittimità della *manus injectio*. La *manus injectio* divenne con ciò una formalità introduttiva d'un processo, che non si distingueva dagli altri, che per l'obbligo che incorreva il debitore di pagare il doppio del debito in caso di soccombenza; il che lo avvertiva, che in lui era stata trasferita, assieme al diritto, anche la pena dell'antico *vindex* (1).

La *manus injectio*, così foggiata da ultimo, nulla serba dell'originario suo significato, ella è accomodata intieramente all'idea che il diritto all'esecuzione conviene derivarlo dall'autorità dello Stato. Ma non v'ha abbaglio maggiore di quello di trasportare codesta idea nell'epoca delle dodici tavole; lo spirito del diritto antico dovunque la respinge. La *manus injectio* non era altro che la privata difesa solenne, condizionata da una certa evidenza della ragione da far valere, e munita di una efficienza energica singolare. La difesa privata, in tale forma ed applicazione, appare non solo concessa dall'antico diritto, ma altresì qual supposto indispensabile, qual *vis agens* di tutto l'ordine giuridico.

(1) Tale conseguenza viene contraddistinta dalle espressioni: *lis crescit in duplum*, ed essa fu indotta più tardi anche per quei casi, in cui prima non si usava la *manus injectio*, come per contrario la si omise in alcuni ove prima usavasi. Nell'universale però non conviene perder d'occhio il nesso tra la *manus injectio* e quella pena della negativa.

* Fa al nostro proposito ciò che della *manus injectio*; e della pena del doppio (*duplum*) è detto da Gajo nell'*actio depensi* del fidejussore. Gajo IV, 22; III, § 127; IV, § 171.

Per tale rispetto si discorda da essa la privata difesa non solenne, che adesso vogliamo apprendere a conoscere. Anche questa non rappresenta nella sua forma più recente che un'ombra di ciò che era innanzi. Allorchè, verso il tramonto della repubblica, i vincoli dell'ordine sociale si allentavano ognora più, e le violenze prendevano un aspetto sempre più formidabile e pericoloso, diventò necessario di combattere il male con rimedi energici, e ciò operarono le *leges Juliae de vi publica et privata* di Augusto, con infliggere delle pene severe a gran numero di violenze. Più tardi si minacciarono alla privata difesa anche delle pene private, e nel diritto novissimo la si punisce dovunque ella si lasci scorgere, ad eccezione d'un campo assai ristretto conservatole da una particolarità della teoria romana del possesso (1), e che oggidì ha ella pure perduto.

Ma era tutt'altro nel diritto antichissimo. La difesa privata aveva messo troppo profonde le radici nel comprendimento giuridico più antico, perchè la si potesse punire, risguardandola siccome un delitto, anche allora che era illegittima a cagione della insussistenza della ragione che pretendevasi d'esercitare; poichè, anche in tal caso, essa non era altro che l'attuazione del sentimento giuridico soggettivo; l'unica conseguenza nascente da questo fatto era la restituzione di ciò ch'erasi tolto violentemente.

Solo poi che il pretore interdisse espressamente l'uso della forza, la trasgressione di questo divieto trasse con sè delle conseguenze dannose. Ma, viceversa, sull'esempio di quanto faceva il diritto civile nella *manus injectio*, il pretore istesso soleva abilitare alla privata difesa, vietando coll'interdetto di opporre la forza a colui ch'era munito di tal facoltà (*ne vis fiat ei* ec.). In questa placitazione pretoria della difesa privata io non ravviso che una forma posteriore della cosa; prima che il pretore se ne immischiasse, la vita s'era ajutata da sè.

Ma al tempo della repubblica era concesso in alcuni casi l'uso della privata difesa, anche senza qualsiasi placitazione superiore, nominatamente all'oggetto di ricuperare il possesso. Chi s'abbatteva in una cosa mobile da sè smarrita presso d'un terzo, poteva, allorchè intervenivano certe supposizioni (1), impadronirsene per

(1) Veggasi la nota 1, pag. 123.

(2) Erano indotte nell'*interdictum utrubi*.

forza; all'attuale detentore era negato ogni rimedio di diritto. Colle cose immobili non si procedeva tanto avanti, ma si accordava l'espulsione violenta soltanto verso di colui, che o deteneva il fondo a nome dell'altro, ovvero il quale, come soleva dirsi, aveva in suo confronto una *possessio injusta* (1). Mancando sì fatte supposizioni, l'espellente doveva restituire anzi tutto il possesso all'espulso, senza che potesse invocare il diritto di proprietà che gli appartenesse.

Ma v'era un'altra via che conducevalo più sicuramente al suo intento; cioè, a vece di strappare al suo avversario la cosa colla forza, gli conveniva costringerlo per mezzo delle minacce a cederla a lui. Il diritto più antico non accordava alla persona coatta un'azione per far cadere l'affare da lei conchiuso, ritenendo che nessuno debba lasciarsi forzare.

Ma anche, poi che il pretore introdusse un'azione sì fatta, i giureconsulti romani insegnavano, che colui ch'era stato costretto a pagare, ovvero a restituire quello che doveva, non poteva profittare di quest'azione (2). Laonde, purchè la parte costringente avesse provato l'esistenza del suo diritto, non solo non toccava alcuna pena, ma conservava ciò che aveva.

Alla forza solenne ed a quella non solenne conviene aggiungere la simbolica, cioè il combattimento simulato nella procedura sulla proprietà.

Il nome, onde la si appella (*vindicatio*) e la *vindicta*, rappresentanza dell'antica lancia, che v'interviene, dimostrano che ella consisteva nel *vim dicere*, cioè non nell'annunzio, ma nella

(1) Quindi, verbigrazia, contro il colono e l'inquilino, nelle cose mobili contro il depositario, il comodatario, il mandatario, ecc., inoltre contro colui che s'era procacciato il possesso violentemente, o clandestinamente, o che aveva ricevuto la cosa a titolo di precario. La teoria romana del possesso ridusse questi casi (in cui, giusta l'intendimento naturale, interviene la difesa privata) sotto il punto di veduta di protezione del possesso, di difesa, perchè essa qualificava di semplice detenzione di fatto, o di possesso vizioso, il possesso dell'assalito, ed attribuiva all'assalitore il possesso attuale.

(2) L. 1, § 2, *D. quod met. caus.* Non si riguardava, cioè, come un danno sofferto il pagamento, quantunque coatto, d'un debito.

dimostrazione, nell'impiego della forza (1); l'atto chiamasi eziandio *manum conserere*, venire alle mani. In questo accoglimento della forza nella procedura si è voluto ravvisare l'espressione che la forza deve cedere al diritto; ma con maggior fondamento si potrebbe sostenere: che la privata difesa pare ai romani cosa tanto naturale e sì poco ingiusta, che non poterono fare a meno di accoglierla sin anche nella procedura. Quel finto combattimento inchiude meno una condanna della privata difesa, di quello sia un documento delle profonde radici che questa aveva gittato nell'opinione del popolo. In quella guisa che la forza, giusta quanto dimostrammo nel capo 4, si manifesta siccome fonte originario della proprietà, ella appare, nella *vindicatio*, altresì come l'originario mezzo onde proteggerla.

2. Intantochè noi lasciamo la difesa privata, per rivolgere la nostra attenzione alla procedura romana, seguita ad accompagnarci quel medesimo principio del volere soggettivo, di cui nella privata difesa apprendemmo a conoscere la manifestazione immediata; se ne altera la forma, ma la sostanza rimane intatta.

Già dianzi ci è convenuto accennare il punto di veduta che adesso vogliamo dichiarare distintamente, cioè che il giudice del diritto romano più antico (2) non è altro che un arbitro che le parti implorano dall'autorità. Egli non ha alcuna analogia col nostro giudice. L'autorità di questo non deriva dalle parti, ma dallo Stato; ed ella non inchiude soltanto la facoltà di sentenziare sopra il diritto, ma di attuarlo eziandio: il nostro giudice ha (per così dire) il monopolio dell'esecuzione.

(1) La radice *dic*, così nel latino come nel sanscritto e nel greco (δείκνυμι) significa *mostrare*, verbigrazia, *digitus*, indicare; *dicere* significa mostrare a parole. Quindi *vindicare*, da *vim dicere*, suona mostrare la forza. Veggasi Pott, l. c., v. 1, pag. 266, e Odofredo Müller nel *Museo renano di giurisprudenza*, v. 5, pag. 190 e seg.

(2) Sotto la repubblica, di regola, non era il pretore medesimo che decideva le liti, ma egli dava per questo alle parti un giudice; tal sistema dicevasi l'*ordo judiciorum privatorum*. Nella nostra discussione ci atterremo a questo caso; ma quello che vale per lui, vale anche per il caso in cui il pretore medesimo sentenziava, perchè, riguardo alla sostanza, era tutt'uno ch'egli ciò facesse direttamente od indirettamente.

Ma di ciò non abbiamo indizio alcuno nel giudice romano; le sue funzioni sono quelle di un arbitro qualunque. La sorprendente rassomiglianza di entrambi suggerì ad un giureconsulto romano l'osservazione: *compromissum* (l'elezione d'un arbitro) *ad similitudinem judiciorum redigitur* (1). All'età posteriore dovette riuscire ovvio di ravvisare nell'ufficio del giudice l'originale, e nell'instituto dell'arbitro la copia; ma, per riguardo all'epoca più antica, si conviene invertere il rapporto.

Sarà ben di sovente accaduto alle parti di rivolgersi ad un magistrato, che distinguevasi per scienza legale e probità, per il suo lodo. L'accondiscendenza sua al desiderio di costoro si sarà risguardata nell'origine come un punto di onore, e da ultimo come un dovere d'ufficio. Veggendosi sopraccaricato di tali commissioni, il magistrato si sarà appigliato al rimedio, così di proporre in sua vece una persona idonea, come di respingere una volta per sempre certi generi di controversie: il diritto posteriore è pure tanto ritroso di accordare le azioni; quanto più non lo sarà stato l'antico! La sola differenza che passava tra l'arbitro ordinario, e quello nominato dal magistrato, ovvero quest'ultimo (se egli medesimo sentenziava) era, che il primo conveniva ricercarlo, perchè si assumesse volontariamente l'incarico, il secondo invece doveva prestarsi dovunque il costume o la legge avessero indotto ~~il suo~~ intervento; nel rimanente essi erano eguali. L'arbitro deve la sua podestà all'elezione delle parti, egli è semplicemente un loro mandatario, e l'ufficio suo si restringe a sentenziare sul diritto, la sua attuazione viene abbandonata alle parti medesime. La cosa è fatta evidentissima da ciò, che non si può incoare un processo se l'avversario vi rifiuta il suo consentimento. Come poteva reputarsi obbligata la parte dalla decisione di un magistrato o di un giudice da lui costituito, al quale non s'era ella preventivamente assoggettata? La differenza ch'ella ha col suo avversario è un affare meramente privato, come potrebbe il magistrato immischiarsene, se ambe le parti nol domandano? Quindi se il convenuto si rifiuta non si può incamminargli contro un processo; l'attore deve procacciare di ajutarsi da sè, e lo fa, come accennammo poco addietro, procedendo alla *manus injectio.*

(1) L. 1, *D. de receptis.*

Se il convenuto che ricusò di aderire alla proposizione dell'attore, di domandare la decisione al giudice, vuole in seguito accettare il processo, l'attore non è obbligato a sobbarcarvisi; è libero il corso alla difesa privata in forma di *manus injectio*. Da ciò che non si può attitare un processo senza il consenso del convenuto, se ne inferisce la qualità del rapporto che sorge quando egli vi s'impegna.

Tutto il processo si fondamenta sulla convenzione delle parti. Ambedue convengono sulla persona del giudice che il magistrato costituirà (1), e si fanno promessa vicendevole che acquiesceranno alla sua sentenza. Laonde la forza decisiva inerente al pronunziato del giudice non dipende da ciò che gli venga da un giudice pubblico, ma bensì dall'averlo le parti voluto. Noi possiamo assegnare alla loro convenzione il carattere d' una promessa condizionata; elle si promettono di accordare al vincitore quello che il giudice gli aggiudicherà.

Nel più antico sistema di procedura i corollari di un concetto sì fatto venivano dedotti col massimo rigore. L'obbligo antico si considerava siccome estinto, quindi l' attore non poteva lasciar cadere la sua domanda e proporne un' altra, e meno ancora poteva il convenuto sottrarsi alla condanna soddisfacendo l'attore della ragione domandata (2). Per la convenzione delle parti fu surrogata una pretesa nuova e condizionata all' antica, ed altro esse far non possono che aspettare l'adempimento della condizione. Come questa nuova obbligazione si fonda sopra d'un contratto, così, se l'obbligo anteriore nacque da un delitto, egli assume per questa metamorfosi tutte le proprietà delle obbligazioni contrattuali, diventa verbigrazia, trasmissibile agli eredi quando anche prima non lo fosse stato.

Il contratto che per sì fatta guisa diventa il fondamento di tutto il processo chiamasi *Litis contestatio;* egli si conchiudeva dalle

(1) *Neminem*, dice Cicerone *pro Cluentio*, c. 43, *voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

(2) * *Apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere.* Gajo III, § 180.

parti dinanzi al pretore, chiamandone in prova dei testimonii (*contestari*). Fu impugnata la natura contrattuale della *Litis contestatio*, e le venne opposta la *natura del processo*, donde dovettero derivare necessariamente le conseguenze della *Litis contestatio*, quasi che gli antichi romani vedessero coi nostri occhi la natura del processo, e non più presto si richiedesse allora un consentimento espresso, benchè indirettamente coatto, in tutti quei casi in che oggigiorno ognuno, anche controvoglia, assume un'obbligazione o soggiace ad un danno. Ripugna affatto, a mio credere, allo spirito del più antico diritto che la *Litis contestatio* traesse seco tutte le conseguenze di un contratto, senza che ella medesima lo fosse. A chiarirsi di tanto basta riflettere, che in essa non trattavasi *dell'assoggettamento* ad un giudice, ma che la sentenza non era altro che la condizione, sotto di che le parti si erano promessa qualche cosa. Se queste avessero promesso *se* X *commetterà la tale azione*, allora, verificandosi la condizione, il fondamento dell'obbligazione che ne sorgeva non sarebbe stata già l'azione di X, ma bensì la promessa delle parti. Parimenti l'influenza esercitata dalla giudiziale sentenza conviene riferirla al convegno delle parti come a sua vera cagione.

Quindi il rapporto che passa tra le parti ed il giudice non è quello della subordinazione. La sua qualità di giudice pubblico importa tanto meno una tale subordinazione, quanto meno ciò accade oggigiorno per rispetto a quelle persone che sono costituite dallo Stato per l'utile del pubblico nell'esercizio di certe professioni. Il giudice d'allora può paragonarsi ad un giureconsulto dell'epoca imperiale autorizzato a *rispondere*. Amendue erano instituiti dallo Stato per giovare le parti del loro parere (2).

(1) * *Contestari est cum uterque reus dicit: Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod.... utraque pars dicere solet: Testes estote.* Festo, nell'estratto di P. Diacono.

(2) In ambedue è eguale la successione storica. In quella guisa che lo Stato s'immischia nell'ufficio dell'arbitro, senza alterarne da principio l'essenza, così avviene anche dell'instituto dei giureconsulti rispondenti. Accanto il giudice ed il rispondente pubblico rimangono gli arbitri ed i giureconsulti non muniti del *jus respondendi;* i quali anzi, per lungo tempo, non sono dalla legge nemmeno posposti, sinattantochè ciò ac-

Laonde nulla può il giudice imporre durante il processo alle parti, non citarle, non minacciarle di pena se non compariscono nel termine, e simili. Laonde i Tribuni, che potevano opporre il loro *Veto* al magistrato cui era affidata l'amministrazione della giustizia, non potevano usarne contro del giudice; egli non è un officiale pubblico, ma bensì un arbitro delle parti, alla di cui instituzione concorse un officiale pubblico. Laonde, da ultimo, la sentenza del giudice non è un divieto od un comando, ma una semplice opinione, *sententia*, un pronunziato, *pronunciatio*, emesso dal giudice sul punto controverso.

Pertanto il giudice del diritto più antico nulla impone al convenuto, non gli intima un comando a nome dello Stato, ma viene solo in soccorso delle parti colle sue cognizioni sul diritto. La lingua espresse dirittamente il rapporto che passa tra l'attività del giudice e quella dell'attore. Il giudice non ha che da mostrare il diritto (*dicere*, veggasi pag. 124, nota 1) quindi lo si appella *judex*. Invece l'attore (*actor*) è così detto, perchè agisce (1); ed egli agisce infatti col *manum injicere*, *conserere*, *vindicare*, a seconda della diversità del processo, sulla persona o sulle cose (*agere in personam*, *in rem*). Per contrario il giudice d'oggidì *giudica*, cioè è lui che agisce, invece l'attore non agisce, ma accusa i suoi lagni al giudice, onde lo soccorra. All'attore romano non importava dell'ajuto del giudice; in tutti i casi che il suo diritto è certo egli non abbisogna del giudice, ma tostamente procede alla *manus injectio*. Per ciò non ad altro fu introdotto l'ufficio del giudice romano, che onde porgere alle parti il mezzo di farsi mostrare il diritto. Ma la sentenza del giudice non ha efficacia maggiore di quella che avrebbero potuto ottenere le parti per altra strada, ed il motivo in genere della sua forza decisiva, non conviene già ricercarlo nel carattere pubblico dell'ufficio giudiziale, ma nella volontà delle parti.

cade, ed i giudici ed i rispondenti pubblici pronunciano, in nome dello Stato, delle sentenze che per legge obbligano le parti.

(1) Questa voce *agere* si ritrova anche in *jurgare*, *litigare*; solamente non conviene ravvisare in quest'ultima parola un composto di *litem agere*, ma bensì di *lite agere*, come *jurgare* viene da *non jure agere*.

Quindi il giudice non è che un arbitro (*arbiter*), e v'ha una quantità innumerevole di casi in cui è officialmente contraddistinto con questo nome.

Dando adesso uno sguardo retrospettivo alla via percorsa nei tre ultimi capitoli, ci avvediamo che ella ci condusse, per mezzo della privata difesa, fino all' organamento dell' amministrazione della giustizia, cominciando da quell' infimo punto della confusione del diritto e della forza, e della preda sull'inimico. Un' idea però ci tenne costante compagnia nel nostro cammino, l'idea cioè che la forza personale è madre, e quindi anche legittima difenditrice del diritto. Questa forza non è la nuda violenza fisica, ma la difesa reale della personalità, è una virtù attiva al servizio dell'idea giuridica, anzi il principio istesso del diritto privato nella sua originaria freschezza ed energia.

Ora un' idea si fatta pare l'estremo minimo, donde può incominciare la formazione del diritto, la produzione prima assoluta della coscienza giuridica in genere, e perciò si poteva e si dovea metterla a capo di tutta la nostra esposizione. Anche presso d'altri popoli il diritto si è svolto da così fievole germe, ma non da per tutto ci tocca la ventura di potere distinguere il seme originatore nei fiori e nei frutti. Alcuni popoli, impotenti a conciliare durevolmente quell'idea collo sviluppo ognora più crescente del principio dello Stato, l'abbandonarono; ed, umiliando ed avvilendo il sentimento dell'indipendenza giuridica individuale, fecero lo Stato creatóre e tutore del diritto soggettivo. Ma questa idea si è radicata più profondamente nel comprendimento giuridico romano, mercè della vigorosa costanza del sentimento individuale dei romani, ed il loro istinto seppe modellarla di maniera, ch'ella si proporzionò col massimo sviluppo dello Stato. Sì fatto talento modellatore è palesato anzi tutto dalle forme salde, che si son date sin da principio a quell'idea. Codeste forme poterono, in decorso di tempo, restringersi, e, col rinnovellarsi della forma, potè l'idea perdere della originaria sua forza; ma ella, ciò nullostante, persevera per secoli ad essere il filo che percorre tutto quanto il diritto.

Noi trapassiamo adesso al principio dello Stato più antico di Roma, ed indagheremo, esponendolo, le sue attinenze colla nostra idea. Il modo esagerato di concepire sì fatto principio, confondendolo col diritto patrizio, indusse a negare l'idea primigenia di qualunque diritto per l'età più antica di Roma, ed a non lasciarla sorgere che col fortificarsi dell'elemento democratico, non altro ravvisando in essa che l'espressione del sentimento plebeo. Tale veduta non ha altro fondamento, che l'immaginazione che quella idea fosse incompatibile col principio dello Stato più antico. Io confido di mostrare che sì fatta opinione poggia su d'un errore, e che, per contrario, lo spirito romano possedette sin dall'origine la forza di estrarre da sè il doppio principio, quello del diritto privato e quello dello Stato, e di soddisfare ad entrambi.

II. *Lo Stato. Il principio di famiglia e la costituzione militare furono i fattori che organarono la comunanza.*

CAPO VII.

Osservazioni preliminari.

Nel concetto giuridico da noi svolto per insino ad ora giacevano due forze eguali, l'una negativa o repulsiva, l'altra positiva od attrattrice. La negativa o repulsiva dipendeva dal riguardarvisi il forastiero siccome senza diritto, lui medesimo e tutta la sua sostanza siccome materia di preda; la positiva od attrattrice vi nasceva dal totale abbandono dell'attuazione del diritto al soggetto, e dall'indurre con ciò questo a procacciarsi l'ajuto altrui, a cercare la comunanza. Ma appunto quell'idea di ostilità insita nel diritto fortificava (per quanto ciò abbia sembianza di paradosso) i vincoli della comunanza. Mentre ci è forza di rimettere al capo 10 lo sviluppo di questo pensiero, basti ora di osservare, che il nostro principio della volontà soggettiva reca di già in seno il germe della comunanza, e che ci dischiude la via a considerarlo.

La necessità dell'ajuto altrui mena alla comunanza, ma questa, col decorso del tempo, reagisce fortemente sul principio soggettivo del diritto. Accade egli tanto nel diritto romano antichissimo,

ovvero, in altri termini, non è per esso lo Stato che una semplice riunione d'individui con diritti eguali, un affratellamento per offendere e per difendersi; ovvero lo Stato antico poggia egli di già, come il moderno, sull'autorità da un lato, la dipendenza dall'altro? Sì fatta domanda rileva moltissimo, e niente v'ha di più alieno dalla verità del pareggiare l'antico Stato romano al nostro, perchè v'era un re, un' autorità legislativa e giudiziaria, ecc. L'importante sono le idee, su di che l'autorità regale e la legislativa si fondamentano, ed esse possono discordarsi affatto nelle differenti costituzioni. Per ciò che spetta all'autorità giudiziaria ho procacciato di mostrare nei capitoli antecedenti, ch'ella non pullulò dall'idea della superiorità dello Stato, ma bensì dal principio della volontà soggettiva. Questo solo esempio è un avvertimento di non starci paghi, studiando l'antico Stato romano, di avervi rinvenuto le parti essenziali componenti il nostro, ma di chiamare anzi tutto a maturo esame il loro speciale intrinseco politico.

Noi procacceremo, quindi innanzi, di far questo, e spero mi sarà dato mostrare, che sì fatto intrinseco, cioè l'idea della subordinazione degli individui all'autorità dello Stato vi aveva una piccolissima parte, cioè si restringeva a quello che toccava alla milizia. A mio credere l'idea della subordinazione sorge in Roma primamente nell'esercito. L'inevitabile necessità esclude qui il rapporto della coordinazione degli individui, e vi surroga quello della subordinazione. Nel rimanente, dovunque non entra codesto rispetto, la coordinazione è il rapporto regolare della comunanza, e così la podestà legislativa e criminale, come la politica s'accomodano a sì fatta veduta.

La forma di sì fatto rapporto di coordinazione vien determinata dal principio della famiglia; è quella dello Stato composto di stirpi. Quindi la costituzione romana più antica contiene due principii combinati insieme, quello della famiglia, principio coordinatore, e quello della costituzione militare, principio subordinatore. Lo Stato più antico tiene i suoi piedi nella famiglia, il capo ed il torso nella costituzione militare, cioè le *gentes* e la condizione degli individui nelle medesime vengono indotte da quel principio, le *curie*, le *tribù* col re e coi priori dei sodalizi universi, vengono fondate da ragioni militari. Innanzi di investigare la forma che questi due principii comunicarono allo Stato

ed al diritto romano, noi vogliamo considerarli rapidamente in generale.

Quando la cultura giuridica ha attinto un alto grado, la famiglia o la congiunzione parentevole (almeno nelle sue più lontane diramazioni) sono una relazione affatto libera dell' amore individuale. Allora non toccano allo Stato che i due rapporti di famiglia più intimi, il matrimonio, e la relazione tra i genitori e la prole: per questi gli spetta la facoltà, e gli incombe l'obbligo di provvedere (per quanto è concesso) anche con disposizioni di diritto, onde questi due fonti principali della moralità non vengano intorbidati. Oltre questi limiti lo Stato abbandona la famiglia a sè stessa, alla sola sua virtù morale, cioè all' amore. Ma l'esperienza insegna che tale virtù è fievole. Ad ogni generazione si distende l'ampiezza della famiglia; nuovi legami e più stretti pregiudicano gli aviti, e, col rapido decremento dell'amore e della coltivazione della parentela, se ne dilegua anche poco a poco la rimembranza.

Tutt'altro accade nei gradi inferiori della vita sociale. Può, nell'universale, tenersi per indubitato, che l' organamento esteriore giuridico della famiglia è in ragione inversa dello sviluppo d'uno Stato; quanto l'ultimo è più imperfetto, tanto è più elaborato il primo, e viceversa. La ragione di ciò è palese. Nello Stato sviluppato la famiglia non s'interessa, riguardo al diritto, nè per lo Stato nè per l'individuo; lo Stato comunica direttamente coll'individuo, e questi possiede in quello il garante delle sue ragioni. Ma dove lo Stato è ancora nel formarsi, e quindi impotente a prestare soccorso al diritto, ivi si fatto bisogno si soddisfa a mezzo d'una lega reciproca offensiva e difensiva degli individui, ed è naturale che a tale intento s'usino i rapporti di famiglia, che di già fornisce la natura. Per tal modo, a motivo della insufficienza dello Stato, la famiglia consegue un grado, una importanza maggiore, e ben altra fermezza di quello che a lei non accada nello Stato compiuto; ella viene in surrogazione dello Stato, ed accoglie per tanto in sè degli importanti elementi politici.

In progresso di tempo la famiglia, costituita col principio dello Stato, si trasmuta in uno Stato costituito col principio della famiglia. Accade l' unione di parecchie famiglie; da una famiglia, esce una razza, che alla sua volta si divide in parecchi rami,

razze e famiglie. Indi sorge lo Stato delle stirpi, onde il nocciolo è composto da piccole e grandi unità, che ebbero per origine la parentela. L'unione di codesto Stato composto di stirpi è incommensurabilmente più fievole di quella delle più piccole società tra di loro. In queste risiede la vera forza vitale della costituzione; esse sono gli Stati in piccolo che si congiunsero in una federazione di Stati.

Lo Stato costituito di stirpi non indica, nella sua robustezza giovanile, soltanto una certa forma d'unione sociale, ma altresì un grado determinato dello sviluppo totale politico e giuridico.

La funzione politica comunica, da un lato, alla famiglia una forma tutta particolare, anche sotto il rispetto del diritto privato, che alla sua volta influisce sulla sostanza. Dall'altro lato la qualità giuridica privata di sì fatto rapporto influisce sullo Stato medesimo e sopra l'intero sentimento politico. Ciò vien provato eziandio dall'esclusivo atteggiamento dello Stato verso il di fuori. Siccome colui soltanto gode dei diritti politici che appartiene ad una stirpe, quindi è resa assai difficile l'accoglienza dei forestieri nello Stato; anzi ella suppone l'accoglienza nel ristretto sodalizio d'una razza, che eccede di molto gli interessi meramente politici.

Laonde, se accade che si accolgano nel territorio un numero rilevante di forastieri senza riceverli nelle razze, havvi in sì fatta relazione il germe d'uno sviluppo politico fecondo. Quanto più guadagna di forza numerica e di agiatezza questa classe di persone appartenenti allo Stato, ed escluse da una partecipazione attiva al medesimo, e che si possono figurare come altrettanti sudditi della razza dominante, tanto più ella procaccia di migliorare la sua condizione giuridica, e questi sforzi, col continuo attrito che li accompagna, producono i più benefici effetti per l'universo sviluppo del diritto e dello Stato. Essi producono d'ambo i lati la tensione massima delle forze esistenti, ed aprono una sorgente inessiccabile d'intelligenza e di azione politica. Sì fatto rapporto fu benissimo paragonato (1) *a quello di due macine l'una sovrap-*

(1) Da Göttling, *Istoria della costituzione romana*, pag. 285. Quando egli poscia aggiunge: *fin quando la macina più dura del principio plebeo stritolò quella più fragile del principio patrizio*, questa distribuzione di durezza e fragilità potrà convenire benissimo all'immagine, ma no certamente ai patrizi ed ai plebei.

posta all'altra, il cui movimento sviluppa la verace vita politica; si potrebbe anche addurre l'imagine delle scintille che escono dalla pietra focaja, quando vien percossa coll'acciarino.

Lo Stato patriarcale è anch'esso, come quello delle stirpi, un derivato del principio di famiglia. La sola differenza che corre tra loro è questa, che, nel secondo, la famiglia, altro non porge che il fondamento giuridico dello Stato, quando invece nel primo ella somministra il tipo della costituzione ed amministrazione universa. Il rapporto di sociale subordinazione vi è qui foggiato sull'esempio di quello esistente tra padre e figlio, l'autorità del capo supremo dello Stato è la patria podestà ampliata, e l'istessa mente ne regola l'uso. Entrambi questi derivati del principio di famiglia, possono concorrere in una medesima costituzione; ed allora lo Stato delle schiatte fonda le relazioni *in linea collaterale*, *l'affratellanza* politica, e lo Stato patriarcale quelle *in linea ascendente e discendente*, la *patria potestas* politica.

Ora egli è degno d'osservazione, che questo secondo derivato, o non sorse mai in Roma, o almeno non vi lasciò traccia di sè. È la costituzione militare quella che mantiene il principio ch'egli dovrebbe rappresentare. La costituzione militare è, nell'ordine delle forme della civile comunanza, meno imperfetta della costituzione famigliaresca; come è a dire, anzi tutto perchè ella non è un prodotto della natura, ma bensì opera della mente e della disposizione dell'uomo; ed in secondo luogo perchè, a malgrado della rigorosa disciplina che ella induce nello Stato, pure lascia maggior campo alla libertà giuridica privata, di quello che non avviene nella costituzione di famiglia, e non confonde, alla maniera di questa, l'esistenza politica e privata dell'individuo. Tale è la forma che lo Stato assume più di frequente, associandovi specialmente di preferenza il possesso territoriale, come a dire nello Stato feudale, verbigrazia, dei Germani e degli Osmani; e tal volta ancora collegandosi al principio di famiglia, come accadde in Roma, e presso i Germani, nei primi tempi che apparvero nell'istoria. Codesta forma militare non si può convenire con uno Stato patriarcale; l'eredità delle cariche, propria di questo, si opporrebbe direttamente alle sue intenzioni; e lo spirito di sociale subordinazione, su di cui entrambi si fondamentano, è anche in entrambi onninamente diverso. Sembra naturale il supporre che là dove (come succede presso dei romani antichi e dei germani)

noi rinveniamo la costituzione militare associata allo Stato delle schiatte, questa eliminasse lo Stato patriarcale. Lo Stato di famiglia, che nell'origine in sè riuniva questi due derivati del principio di famiglia, colla continuazione della vita militare, si palesò insufficiente. La ragione militare ebbe il predominio, ed operò in maniera, che gli impieghi militari, conferiti a seconda del valor personale, sottentrassero alle cariche ereditarie dello Stato patriarcale, e che la divisione per ischiatte s'accomodasse alle esigenze della costituzione militare.

Rivolgendoci adesso propriamente al nostro tema, facciamo osservare, ch'egli non è soltanto di mostrare, come l'antico Stato romano poggiava sul principio di famiglia e sulla costituzione militare, ma altresì di svelare l'influenza di questi due elementi sul diritto universo. Per tanto noi terremo, ciò facendo, l'ordine seguente:

I. Il principio di famiglia.

a. L'intrinseco della colleganza delle *gentes*, capo 8.

b. Il rapporto tra l'individuo e la comunanza, capo 9.

c. Il rapporto fuori della colleganza delle *gentes*, capo 10.

II. L'influenza della costituzione militare sullo Stato e sul diritto, capo 11.

CAPO VIII.

I.

Il principio di famiglia.

La colleganza delle *gentes*. — La *gens* è una famiglia in grande, ed uno Stato in piccolo. — Sua influenza sul diritto universo.

Lo Stato romano delle schiatte è simile ad una piramide. Il suo piede è fatto di trecento *gentes*, che si degradano in trenta curie, in tre tribù fino alla punta personale del tutto, il re. Qui non ci occupiamo che delle *gentes;* osservammo di già, nel capo antecedente, che esse sole appartengono al principio di famiglia; così le curie e le tribù, come la realità appartengono alla costituzione militare. E che in effetto le *gentes* riposino sul principio di famiglia lo si è negato, ma, in ciò facendo, si attribuì

importanza a cose accessorie. Infatti egli è indifferente, o che tutti i membri di una *gens* abbiano avuto veramente l'istesso stipite, o che l'idea della parentela siasi in progresso di tempo perduta, e la *gens* convertita in una corporazione politica ordinaria. L'essenziale è se la *gens*, pel suo spirito generale e per l'aria della sua imagine, poggi in origine sull'idea del principio di famiglia; ed un'occhiata basta, a mio credere, a mostrarlo colla chiarezza dell'evidenza. La lingua ce ne fornisce l'indizio il più urgente nella espressione *gens* schiatta, razza, stirpe (1).

Noi ci applichiamo dapprima all'organamento interno della *gens*, ed aduniamo le conchiusioni del discorso che vi faremo sopra nella sentenza; *che la gens rappresenta l'identità dello Stato e della famiglia*, ch'è come dire, che si può ravvisarla come una famiglia avente il carattere d'uno Stato, e come uno Stato avente il carattere d'una famiglia. Ella esce dalla famiglia, ed appalesa l'intimità di così fatto vincolo; ma come ella è altresì un corpo politico, così questo suo lato politico influisce sul suo lato famigliare, tanto quanto questo su di quello. Amendue queste relazioni s'intrecciano e si confondono fra loro di maniera, che torna impossibile di separarle distintamente.

Avendo il legame della *gentilità* perduto, già di buon'ora, la sua essenziale importanza, non conviene maravigliare se le nostre cognizioni intorno ad essa sono scarse ed imperfette.

Ma tuttavia appajono alcuni punti conservati della medesima, coi quali, giovandosi anche d'altre analogie istoriche e della interna connessione della cosa, si può determinare eziandio l'essenza di quel legame. Noi vogliamo farne il tentamento.

Il legame stabilito dalla *gens* abbraccia l'esistenza universa dell'individuo; tutti gli interessi che agitano la sua vita a lei lo indirizzano, e conseguono in essa, in parte il loro appagamento esclusivo, in parte almeno dei punti d'appoggio. Così il culto degli Iddii ed il servizio armato, come l'esercizio della attività politica, inducono i gentili a convenire sempre insieme. Essi stannosi vicini nei momenti più sacri e più terribili, così nel tempio, come sul campo di battaglia; essi compartecipano all'onore

(1) *Gens, genus* dal sanscritto *dschan, essere generato*. Il nome *decuria* contraddistingue la *gens* dal lato del posto che ella occupa nella costituzione militare. Veggasi il capo 11.

ed all'onta, alla buona ed alla mala ventura. Al singolo ridonda vantaggio dal lustro e dalla rinomanza della *gens*, in quella guisa che i fatti di quello mandano su di questa la luce o l'ombra.

Quindi la *gens* si piglia la massima cura delle sorti e delle azioni dell'individuo; egli non è unito ad essa dal fievole vincolo d'una corporazione, colla quale non fa che esercitare dei diritti comuni, ma ha con lei il rapporto d'un membro di famiglia, onde il bene ed il male, l'onta e l'onore tocca a tutta la famiglia.

Ciò viene manifestato in doppia guisa, cioè parte dalle ragioni che il singolo ha inverso della *gens*, ed in parte da quelle che questa ha verso di lui. Le prime risguardano la difesa e la protezione del singolo, le seconde le restrizioni a cui questi soggiace pel vantaggio della *gens*.

L'obbligo reciproco dei parenti, di sostenersi vicendevolmente, è il corollario più naturale e più regolare del principio di famiglia. Diversa è la forma e la misura in cui egli appare presso i diversi popoli; così egli giunge presso d'alcuni sino alla vendetta nel sangue, presso d'altri, come, verbigrazia, i Germani, consiste nel dovere di contribuire alle ammende (1).

Per ciò che risguarda l'estensione di sì fatto obbligo nel diritto romano antichissimo, nessuno vorrà negare che egli inchiudesse, anzi tutto, il dovere della *rappresentanza* scambievole. Ce ne viene espressamente attestato un caso, cioè la tutela (2). Mancando il tutore, sottentravano i *gentili*. Ciò, naturalmente, non vuole essere inteso nel senso che tutti i membri della *gens* amministrassero la tutela, ma in questo, che, per un suo decreto, la conferissero ad uno dei loro. Però la cura della *gens* non era ristretta alla sola *nomina* del tutore, ma certamente comprendeva anche la *sorveglianza* sul medesimo. La *gens* imponeva al tutore incapace o sospetto di deporre l'ufficio o di cederlo; s'egli vi si rifiutava, la *gens* medesima poteva certamente, in origine, ordinarne la deposizione, e, giusta il diritto posteriore, vi poteva provvedere

(1) Si vegga Sibel, l'*Origine della realità tedesca*, pag. 20 e seg., e Waitz. *Istoria della costituzione tedesca*, vol. 1, p. 212-215, non che l'appendice prima.

(2) * *Mente est captus et ad agnatos et gentiles est deducendus.* Varrone, *De re rust.*, c. 2. Cicerone, *De invent.*, II, 50. Veggasi per ragguagli ulteriori Rudorff, *Il diritto della tutela*, v. 1, p. 240 e seg.

eccitando un dei suoi a proporre l'*actio suspensi tutoris*. Tale azione era *popolare*, cioè chiunque del popolo aveva facoltà di proporla, e l'antico diritto ne registra delle altre, con che veniva fatto ad un terzo di proteggere l'interesse altrui. Formano esse un singolare contrasto colle severità di questo diritto circa alla *legitimatio ad causam*, ed io inclino a crederle altrettante conseguenze del principio di famiglia (1). Se qualcheduno non bastava a difendersi, e non potevasi supplire al mancamento colla nomina d'un tutore (non pigliandosi i suoi parenti cura di lui) incombeva alla *gens* di prestargli la protezione all'uopo occorrente. Tali condizioni si avveravano quando egli era prigione dell'inimico: in questo caso la sostanza da lui abbandonata era senza governo, ella aveva un bisogno evidente di protezione. Il diritto posteriore la accorda in forma di azione popolare, dell'*actio furti* proponibile contro di chiunque avesse distratto delle cose appartenenti a tale sostanza; nel diritto antichissimo la relazione di *gentilità* suppliva a questo difetto. Spetta qui il caso, che un *gentile* sia detenuto prigione illegittimamente proprio in Roma, o come supposto schiavo, o per un preteso debito. Non insorgendo allora di *motu proprio* alcuno come *vindex libertatis*, toccava alla *gens* di pensare ad instituirlo. Operando di tal maniera, ella non solo intendeva al proprio vantaggio, ma adempiva altresì una sua propria obbligazione.

L'istessa cagione avrà conferito alla *gens* anche l'ufficio di vindice, se veniva ucciso uno dei suoi membri, e non v'era un prossimo parente per vendicarlo. Anche in tempi posteriori è imposto per obbligo ai parenti di perseguire nelle vie legali l'uccisore; ma ciò che più tardi si conseguiva a mezzo di un'azione, lo si otteneva prima a mezzo della difesa privata. In una insti-

(1) I giuristi romani dei tempi posteriori pensano,che, in questo particolare, il diritto romano più antico si sia allontanato dal suo principio : *nemo alieno nomine lege agere potest*. Ma, dopo il tentamento ch'io feci nel testo di collegare codesta azione alla costituzione dei *gentili*, sì fatta singolarità svanirebbe. La *gens* non è abilitata *eccezionalmente* a promuovere l'azione per un suo membro indifeso, ma essa è *obbligata* ad aver cura di lui. Quindi l'azione che si propone è anzi tutto un *diritto* ed un *dovere* della *gens*, e non è che medialamente ch'ella torna a vantaggio dell'interessato.

tuzione, che s' attribuisce a Numa, si ravvisa ancora una traccia dell' antica vendetta del sangue (1). Chi uccideva un uomo per negligenza era tenuto a dare ai suoi parenti un ariete; era questi il capro emissario, su di che essi eseguivano, a vece di lui, la sentenza capitale (2). Il sangue versato chiedeva sangue. Se ai parenti spettava un tale diritto in caso di uccisione, essi dovevano averlo *a fortiori* in caso di omicidio.

In quella guisa che l'impotenza di un singolo d'infra i *gentili* a vendicarsi, ovvero a far valere le proprie ragioni, imponeva alla *gens* l'obbligo della vendetta e dell' ajuto, del pari anche l'insufficienza pecuniaria di un *gentile* imponeva a lei l'obbligo di soccorrerlo. Tanto ci viene attestato dai classici (3) all'occasione del riscatto dalla prigionia dell' inimico, di imposte pubbliche, gravi e straordinarie, e per insino alle multe a lui inflitte. Non possiamo accertare se tale obbligo fosse d' indole morale o giuridica, e se,in quest'ultima ipotesi,potesse la ragione corrispondente (come usavasi presso i Germani, rispetto al dovere di contribuire alle multe criminali (4)) essere spiegata dai terzi, o se quindi egli inchiudesse un' eventuale obbligazione della *gens* alla malleveria. Per contro si può avere per indubitato, che era per la *gens* una quistione d' onore di non abbandonare i suoi membri caduti senza colpa in miseria, gravati verbigrazia, di debiti. Era infatti, per la sostanza, indifferente che essi fossero prigioni del-

(1) Serv. ad Virg. Eclog. IV, 43. *In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis* (giusta la felice congettura di Kuschke a vece di *et natis* del manoscritto) *ejus in concione offerret arietem.*

(2) Fest. *Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur.* Intorno alla destinazione della vittima le opinioni sono, a dir vero, molto divergenti. Veggasi Rein, *Il diritto criminale romano.* L' opinione addotta nel testo è quella di Platner, *Quaest. de jure crimin.*, pag. 37.

(3) Vegganseno i documenti nell'*Istoria del diritto romano*, di Walter, lib. I, cap. 2, osserv. 40-42.

(4) In questo il diritto *anglo-sassone* andò più oltre degli altri, poichè esso tenne responsabili per un terzo della multa, ed, all'occorrenza, per la metà, assieme ai parenti, i *gegyldan*, cioè, come vien benissimo specificato da Sybel, i supplenti degli antichi gentili.

singolo non è soggetto alla *gens*, ma è l'eguale dei *gentili*. Codesta relazione non cangia perchè questi eleggano un di loro a presiederli (*decurio*). Fuori del suo ufficio militare, donde egli prende il nome, a lui non s'appartiene di dare alcun ordine, ma soltanto di regolare le discussioni della *gens*, e di offerire in suo nome i sagrifici. La conservazione dell' originario vincolo di famiglia si limita nella *gens* al mantenimento del rapporto vicendevole di fratellanza; quello della *patria potestas* non viene ritratto politicamente nè nella *gens*, nè dallo Stato universo.

Qnindi, se tale rapporto di fratellevole coordinazione impone dei restringimenti all' individuo, non si conviene ravvisare in questi che il prezzo, per cui egli compartecipa dei vantaggi di sì fatto rapporto; essi non recano seco un carattere differente dalle obbligazioni, cui si si assoggetta entrando in una società privata qualunque, od anche semplicemente stipulando una convenzione. Se un membro di così fatto sodalizio se ne rende immeritevole col suo contegno, che v'ha di più naturale di escluderneIo? Non è più che questo quell'autorità censoria della *gens*, donde ci è attestata ad esempio la condanna della memoria di un *gentile* indegno, come pure che nessuno portasse d'ora innanzi il suo nome. Donde si è fatta la induzione certa, che tal membro avrebbe in vita sopportato la pena dell' esclusione dalla *gens*. L' intima relazione dei *gentili*, e la solidarietà dell' onor loro, importava necessariamente che si prendessero tal cura della purezza morale e del buon nome del sodalizio.

La pena più mite che noi rinveniamo è la esclusione dal culto dei *gentili*. Non ci sono attestate altre pene, ma elle diventano possibili per le due qui accennate. Se, verbigrazia, la *gens* aveva inflitto una multa ad un suo membro che avevale fatto mancamento, a lui non occorreva d' assoggettarsi alla sua decisione, poichè in qual modo potevano i suoi consoci punirlo, e toglierli porzione del suo? Essi potevano bensì intimargli che non avrebbero più comunicato con lui il culto, e che non l'avrebbero più accolto tra i loro. Codesta negativa era un mezzo indiretto per costringerlo a sostenere la pena positiva.

Tale soddisfacimento fondamentavasi adunque sull'elezione del reo, sul suo acconsentimento, ed in questa circostanza, che ci accade d' imbatterci per la prima volta sul campo del diritto antichissimo nella pena, non ho che a rammentare, che ella pure

si conforma a quel principio fondamentale (da noi rilevato nella procedura civile più antica (capo 6)) che il volere soggettivo era la fonte originaria dei diritti e delle obbligazioni.

In quella guisa che noi ravvisammo allora la *manus injectio* operare indirettamente la subordinazione contrattuale al giudice, così qui la vista di essere escluso dalla *gens* assoggettava al pronunciato castigo.

Questo mezzo negativo di punizione suppliva al difetto che la *gens* aveva della podestà punitrice positiva, o, più rettamente, egli ne inchiudeva l'efficienza, nell'istessa guisa che la scomunica equivaleva, nell'età di mezzo, alla facoltà ecclesiastica di punire. Con questo la *gens* veniva indirettamente condizionata all' esercizio d' una autorità giudiziaria sui costumi dei singoli suoi membri, ch'è come dire, a moderare efficacissimamente la libertà dell'individuo teoricamente illimitata.

Ora io porto ferma credenza che ciò seguisse ampiamente, e la fondo su di questo riflesso. Ella era idea pretta romana, che bensì non si convenisse limitare *legalmente* la libertà individuale a motivo di un abuso contingibile, ma che però si dovesse ovviarne l'abuso per altra strada, cioè accordando al censore la polizia dei costumi. Che se tale ingerimento del censore nella vita privata, tanto alieno dal nostro modo di vedere, non ripugnava al sentimento romano, nemmeno a tempo del massimo sviluppo della libertà, tanto più sarà lecito di appropriare sì fatta idea all' età più antica. Cioè a dire, parte perchè questa idea in genere è patriarcale, e d'una semplicità infantile, e parte, e precipuamente, perchè la ragione di questa podestà giudiziaria sui costumi è maggiore nell'antica costituzione dei *gentili*, che nella posteriore. Che un pubblico impiegato chiami a discolpa un cittadino per ignavia e leggerezza ec., è cosa ben più dura ed un rimedio più violento che se lo facciano i socii, cui incombe di soccorrerlo in caso di bisogno. Per rispetto a questi egli è un mezzo di sicurezza domandato dall' interesse loro proprio e dal buon nome del loro sodalizio; sono membri di famiglia che lo ammoniscono, e non si ricorre ad alcun terzo. Quella podestà del censore sui costumi ha il suo naturale principio originatore nella famiglia.

Laonde, ben lungi ch'io desuma l'introducimento della polizia sui costumi in Roma dalla *censura*, io non ravviso in questa che

la forma posteriore di una instituzione antichissima, l'uso che ne fece lo Stato verso i *plebei* ed i *patrizj;* mentre prima di quell' epoca ella era attaccata alla costituzione patrizia dei gentili. Egli è significantissimo, che la censura fu introdotta due anni dopo della *lex Canuleja*, cho ai plebei concesse il *connubium* coi patrizii, e che l'ampiezza della sua autorità e la sua influenza cresce in proporzione che va declinando l'antica costituzione dei *gentili.*

Poscia che quella legge ebbe tolta la separazione tra patrizii e plebei, la censura piantò il germe che generalizzò quella polizia dei costumi d'origine patrizia. Il pensiero era antico, la forma nuova, originata dalla mancanza, nei plebei, del legame della *gentilità.* Le pene ch' erano a disposizione del censore recavano il carattere di quelle della *gens*, come a dire l' espulsione (dalla tribù, dal Senato, dai cavalieri); esse poggiavano sulla medesima idea, cioè che alla comunanza non s' apparteneva l' autorità di punire l'individuo dei suoi demeriti, ma bensì quello di disdirgli la fratellanza.

Sì fatta proprietà caratteristica delle pene censorie somministra bensì un argomento in sostegno della mia opinione (1); ma il fondamento suo verace ed essenziale è questo, che la polizia romana sui costumi è talmente un rampollo del principio di famiglia, che l'uso, che ne faceva il censore, non solo ci abilita a dedurne l'esercizio che anteriormente ne faceva la *gens*, ma sì eziandio, ch'ella non ci riesce intelligibile che per la sua connessione colla famiglia. Quella autorità del censore allignò soltanto perch' era un rampollo della *gens;* erale convenuto prima di sorgere e di svilupparsi sul campo della costituzione dei *gentili*, per crescere poscia anche fuori di quello.

Per le cose dette sin qui, non si può stare in forse di accordare a codesta polizia sui costumi, nell'originaria sua forma, quell'ampiezza almeno ch'ella ebbe più tardi nelle mani del censore. Ed egli è noto, come il censore non chiamasse a discolpa solamente per le azioni crudeli, vituperose ed immorali, ma sì ancora per condotta economica irregolare o leggera. Si può ritenere che il censore intervenisse quantunque volta alcuno mancasse al supposto

(1) Anche la decisione della *gens*, del pari che quella del censore, appellavasi *nota.* Liv. VI, 20, *gentilicia nota adjecta.*

tacito, di un uso conveniente e ragionevole della libertà illimitata che gli si aveva concessa; sì fatto intervento arrecava una moderazione ed un contrappeso, alieno dal diritto privato, a quella eccessiva libertà. Laonde ci è forza di dare un' interpretazione consimile alla autorità medesima della *gens* del tempo più antico. Ella concilia colla moralità il principio del volere soggettivo, che di per sè non inchiude alcun motivo morale superiore, ma è frutto di puro egoismo, e trae con sè le conseguenze più immorali. Essa difende dai trattamenti cattivi e tirannici i figli, le donne, e gli schiavi, che quel principio abbandona assolutamente alla podestà del padre di famiglia. Se al padre od al marito pareva secondo ragione di esercitare il suo *jus necis ac vitae*, niente era più naturale, che si implorasse assistenza dalla *gens*, e non può credersi che i tribunali di famiglia, che veggiamo nei tempi posteriori, in questi anche sorgessero (1); essi tengono invece il loro naturale principio originatore, così nella costituzione dei *gentili* e nella polizia morale della *gens*, come anche nel dovere loro di prendersi cura altresì dei suoi membri ch'erano soggetti alla *patria potestas*. La *gens* ammonisce inoltre lo scialacquatore, che, giusta la logica del principio di proprietà, potrebbe dissipare il patrimonio avito, e ridurre i suoi all' indigenza, di porre un argine ai proprii disordini; s'egli non ascolta l'ammonizione, ella, a mezzo della *cura prodigi*, lo priva dell' amministrazione delle sostanze. Non accade d' osservare, che quest'ultima è un frutto ed un avanzo del principio di famiglia; ella garantisce, così ai più prossimi parenti il diritto all' eredità dello scialacquatore, come anche difende la *gens* dal pericolo che l' ultimo venga in breve a suo carico.

Lasciando adesso la polizia della *gens* sui costumi, si soffra che ne rileviamo la significanza politica, come facemmo in addietro per l'obbligo dell'ajuto. Questa podestà ha messo propriamente il compimento alla fermezza della corporazione patrizia. Un sodalizio, onde le parti sono intimamente connesse, e che soccorre in caso di bisogno i suoi membri, debbe avere una grande preponderanza sovra degli altri. Ma sì fatta preponderanza non può conservarsi durabilmente, a meno che un più alto grado di onore e di morale purezza non rammorbidisca l' opposizione

(1) Klenze, *Giornale per l'istoria del diritto*, vol. 6, p. 21 e seg.

perenne che gli si alzerà incontro. Sì fatti beni non si può conseguirli colla podestà della corporazione sulla polizia dei costumi, ma egli si può bene, per questo mezzo, promuoverli e conservarli; e quella semplicità e purezza dei costumi patrizii (che persino l'odio di parte dei plebei non può negare (1), e la quale, com'è ben chiaro, dovette fortificare sommamente la condizione politica dei patrizii) la si conviene attribuire principalmente a quella polizia *gentilizia* sui costumi. L'istinto pratico dei Romani aveva sin da principio avvertito, che, onde la libertà sia una *potenza*, occorre che ella imponga dei limiti a sè medesima; e l'indomabile sentimento, donde uscì il principio della volontà soggettiva, non sentì ribrezzo che si mettessero, per l'effetto, a questo principio dei limiti, che pajono una tutela insopportabile all'infermo nostro sentimento della personalità. Il punto essenziale per che eglino si diversificano da una tutela è, che sì fatte limitazioni erano in Roma opera *della volontà propria*, che esse inchiudevano un prezzo, che si soddisfaceva di buon grado, per ottenere un bene non esistente nel principio della libertà, cioè la protezione, l'ajuto ed il soccorso dei socii.

Consideriamo le altre limitazioni che recava con sè la costituzione dei *gentili*. Non accade che io aggiunga nulla a quello che ho detto intorno al diritto di autonomia ch'essa dava alla *gens*, salvo che anche la forza obbligatoria delle sue decisioni conviene dedurla dall'obbligo vicendevole contrattuale dei singoli membri. — Sì fatte decisioni per l'efficienza son leggi, ma per la forma sono convenzioni dei singoli *gentili*. La legge eziandio ha in Roma il suo principio nella convenzione di tutti i singoli, cioè nel postulato nostro del volere soggettivo, e nel capo seguente noi procacceremo di spiegare dal predetto punto di veduta la podestà legislativa dello Stato universo, come ora facemmo per quella della *gens*.

(1) I plebei non rinfacciano mai ai patrizi che manchino di *sanctitas* o di *castitas*. Rubino, *Ricerche intorno alla costituzione e l'istoria romana*, vol. 1, pag. 250, oss. 5. Egli induce altresì la testimonianza di Cicerone, *De republ.*, II, 34: *quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.*

Le limitazioni, che ci rimangono a conoscere, risguardano il diritto antichissimo sulla famiglia e sulla proprietà. Noi possiamo annoverarvi anche quelle, che, quantunque non introdotte direttamente a profitto della *gens*, si annunciano tuttavia siccome frutto o conseguenza del principio di famiglia. Tali sembrano nominatamente quelle che accompagnano il matrimonio. Nel diritto romano posteriore il matrimonio è un' unione affatto profana ed in tutto dipendente, per la durata, dal beneplacito dei conjugi. Nello Stato più antico, che tutto poggiava sul principio di famiglia, egli veniva retto assai gravemente. Le nozze erano un atto religioso, e lo scioglimento dell'unione non permettevasi che in rarissimi casi, e coll'intervento dei sacerdoti. Ad ambedue gli atti assistevano dieci testimonii, che rappresentavano le dieci *gentes* della curia, ovvero le dieci curie della tribù a cui apparteneva l' uomo.

Dalla loro chiamata viene espressa l' idea, che il matrimonio del singolo importa a tutta la schiatta, ch'egli è un avvenimento pubblico. Sì fatta forma aveva per avventura altresì la mira all'interesse pratico, di accertare la possibilità giuridica del matrimonio. Sì fatta possibilità giuridica dipendeva anzi tutto dal *connubium*. Non bisogna confonderlo con un impedimento al matrimonio. Il diritto romano non si permetteva l' ingerimento nella ragion privata (1), di vietare l' unione con chi era privo del *connubium;* ma si stava pago di negare a sì fatte unioni il carattere d' un matrimonio romano; cioè il diritto di famiglia romano non poteva applicarsi alla donna ed ai figli, e la discendenza tutta quanta escludevasi dalla *gens*. Quindi anche la limitazione del *connubium* non è assolutamente obbligatoria, ma è invece tale, che ad essa si sottomette chi vuole procacciare a' suoi figli il diritto della *gentilità*. Il pensiero del *connubium* è d'altronde opportunissimo a caratterizzare la veduta giuridica, onde c'intratteniamo. Egli si fondamenta sopra di quell' *horror*, ch'è il rovescio d' una colleganza famigliare strettissima, sopra di quello studio di allontanare tutti gli elementi stranieri, e di

(1) Come, verbigrazia, il diritto dei popoli orientali. Anche presso dei sassoni era vietato il matrimonio con persone aliene al sodalizio sotto pena capitale. Veggasi Waitz, *Istoria della costituzione tedesca*, vol. 1, pag. 84, oss. 2.

supplire da sè ai vuoti lasciati nelle proprie file (1). Il *connubium*, nell'originario suo concetto, era circoscritto ai membri dello Stato composto della schiatta; non lo avevano nemmeno i popoli usciti da stirpi parentevoli, se non sapevano addurne un patto od una special concessione.

Là dove la famiglia è libera e mobile, tale suole pur essere la sostanza; là dove per lo contrario la prima è ricinta di vincoli, questi si estendono alla seconda. La costituzione romana dei gentili non poteva convenirsi colla libera disposizione delle facoltà dell'epoca posteriore; la seconda non potè sorgere che dalle rovine della prima. Per essere stabile e ferma, si conveniva che la *gens* avesse sotto di sè un fondamento solido materiale, che passasse un certo vincolo tra essa e le sostanze che comprendeva. Noi discoprimmo di già un mezzo di mettere argine alla dissipazione dei patrimoni nella polizia della *gens* sui costumi; ma troppo poca era l'efficacia di tal mezzo. Mentre, qual rimedio poteva egli somministrare, se un membro della *gens* fosse passato in un'altra con tutta la sua sostanza, ovvero se nel suo testamento l'avesse assegnata a persone aliene? Se tanto fosse stato consentito illimitatamente, una *gens* sarebbe potuta impoverire, sarebbero cresciuti per altrettanto così gli oneri del singolo, come lo stimolo a sottrarvisi, sortendo dalla *gens*.

V'ebbero degli scrittori che, movendo da sì fatta importanza politica della facoltà, trascorsero al punto di negare nello Stato antichissimo di Roma la proprietà privata sui fondi, e di surrogarvi l'*ager publicus* (2). Ma a me sembra che tale conclusione

(1) La proibizione ingiunta ai liberti di sesso femminino di non maritarsi fuori della *gens*, poggiava sopra d'un altro principio, cioè sull'interesse che aveva la *gens* di tenerli nel proprio vincolo di dipendenza. A mezzo del matrimonio con un liberto o cliente d'un'altra *gens*, la liberta scioglievasi da sì fatto vincolo. Talvolta ciò veniva permesso, e dicevasi la *gentis enuptio*.

(2) Se nell'*ager publicus* si suppone un diritto d'usufrutto trasmissibile agli eredi ed alienabile, allora effettualmente s'introduce, sott'altro nome, quella proprietà privata, che si pretende negare. In fatto tale diritto sarebbe stato proprietà privata bella e buona, come la proprietà privata sui fondi provinciali, che teoricamente spettavano in proprietà allo Stato romano; e l'interesse che aveva la costituzione dei gentili

arrechi con sè grave pericolo ed oltrepassi il segno (1). I nostri fonti la combattono più che non l'avverino (2), ed anche, lasciandoli stare, egli si converrebbe bene che noi avessimo degli argomenti generali pressantissimi, onde poter negare la proprietà più importante, com'è quella dei fondi, ad un popolo, presso di cui il principio del diritto privato si annuncia, sin dai primordi, colla massima efficacia e distinzione.

La proprietà prefata compare nelle dodici tavole con fattezze omai compiute (3); non v'ha in esse alcuna traccia, nemmen l'eco più lieve, della pretesa condizione anteriore.

Quel principio plebeo, a cui si attribuisce l'origine della proprietà stabile, aveva egli all'epoca delle dodici tavole sì compiutamente e sì lungamente rovesciato il *principio patrizio*, da non rimanerne la più piccola rimembranza? E questo sarà intervenuto alla proprietà sui fondi durante ancora lo Stato delle schiatte? — che son pure due specie di rapporti, verso di cui doveva avverarsi, in misura doppia e quadrupla, quella forza conservatrice tanto predicata delle idee giuridiche romane? Inoltre ciò sarebbe accaduto a mezzo dei plebei, dei plebei che erano allora in condizione tanto umile e soggetta, d'essi, che, giusta il sentimento che noi combattiamo, usavano la proprietà privata dei fondi, e che non avevano alcun interesse d'imporla ai patrizi?

Sì fatta opinione accumula diverse cose inescogitabili, e ripugna al carattere costante della formazione del diritto romano; poichè pretende ch'egli abbandonasse affatto, questa sola volta, la sua lentezza ed uniformità di svilupparsi dal suo interno, e si alienasse per tanto da sè medesimo. Ad una delle instituzioni più fondamentali dello Stato romano sarebbe accaduto di mantenersi fiorita nella prima metà dell'èra dei re, e di convertirsi nel suo contrapposto nella seconda metà. E per codesto rivolgi-

d'impedirne la libera trasmissione per atti tra i vivi e d'ultima volontà, avrebbe potuto garantirsi pure coi mezzi che noi accenneremo nel testo.

(1) Huschke lo ha, secondo il mio sentimento, additato giustamente siccome un errore fondamentale di Niebuhr.

(2) Veggasi Walter, *Istoria del diritto romano*, lib. I, cap. 2, oss. 4-10.

(3) Si richiamino, verbigrazia, le regole statuite dalle dodici tavole sull'usucapione degli immobili, sulle servitù e simili.

mento fondamentale nella condizione del diritto (chè effettualmente sarebbe stato tale) motivano le ragioni della vittoria che avrebbe riportato un principio direttamente opposto; non l'intrinseca necessità, non lo sviluppo dal proprio interno, ma l'efficacia dell'esempio dei plebei, e l'introduzione d'un elemento straniero. Sì fatta rivoluzione avrebbe dovuto compiersi senza scosse, non avrebbe lasciato vestigio di sorta nella memoria del popolo, e se ne sarebbe involata fino la più lontana rimembranza! E la proprietà privata libera, sciolta, vigente presso dei plebei avrebbe dovuto sottentrarvi, senza che la costituzione dei gentili, onde l'intima essenza vi ripugnava, ne ricevesse tosto un colpo mortale?

Tutto ciò è ben lungi dal vero; anzi egli è uno stravolgere ogni ordine morale, tanto il negare l'originaria proprietà privata nel seno dello Stato composto delle schiatte, quanto il traboccare poscia, per un salto mortale, nell'opposto sistema d'una proprietà privata affatto libera e sciolta. Il vero è nel mezzo di queste due estremità. Ch'è quanto a dire, che fino *ab antico* v'ebbe in Roma così una proprietà pubblica stabile, come una proprietà privata, soggetta a dei vincoli in vantaggio della *gens*.

A tutti è nota la proprietà pubblica, l'*ager publicus*. Ma, per mio sentimento, non può esser dubbio, che sì fatto rapporto non era circoscritto allo Stato universo, ma per contrario si riproduceva nel seno d'ogni *gens;* e che anzi egli venne più presto trapiantato dalla *gens* nello Stato universo, che non da questo in quella. A persuaderci di tanto, non accade che di richiamare, che la *gens* rappresenta lo Stato in piccolo, che i tre interessi, *politico*, *religioso*, *militare*, onde il centro massimo di forza riposa nello Stato universo, hanno altresì un centro, benchè di minore importanza, nella *gens;* che se la condizione dell'*ager publicus* si richiedeva a proteggere là quei tre interessi, ella non poteva a meno di essere, a dir poco, altrettanto importante anche qui. Il centro di gravità non è tanto nello Stato antichissimo, nè gli oneri pesano tanto su di lui al tetto quanto nella *gens* e sulla *gens*. Se bisognava l'*ager publicus* al tetto che copriva tutte le schiatte, e che poggiava su di esse, come sopra d'altrettante colonne, conveniva bene che anche la *gens* n'avesse d'uopo ancor più.

L'uso dei fondi dei *gentili* si può raffigurarlo in doppio modo, come è a dire, gratuito e comune a tutti i *gentili* (1), diviso ed oneroso, verbigrazia, giusta una locazione fattane tra di loro al maggior offerente. L'uso della prima specie praticavasi senza dubbio pei sepolcri dei gentili (2); nello Stato germanico delle schiatte questa specie d'uso la troviamo adottata anche pei campi (3); ella è la più naturale pei pascoli, e per questi convien credere che la si praticasse anche in Roma. Il diritto posteriore non ha conservato alcuno dei rapporti prefati di comunione, eccetto quello dei sepolcri dei *gentili;* ma ha serbato bensì le azioni popolari, che ne sono, a mio credere, una conseguenza importante mediata, sciolta dal suo legame colla costituzione dei *gentili.* Sì fatte azioni sono, a dir vero, una apparizione singolarissima, non solo dal nostro punto di veduta d'oggidì, mentre per esse un privato esercita una polizia regolata con leggi speciali (4), ma da quello eziandio del romano diritto, poichè esso s'attiene, in tutti gli altri casi, col massimo rigore al principio della *legitimatio ad causam* dell'attore, e qui, per lo contrario, accorda delle azioni, che non presuppongono nell' attore il menomo interesse individuale.

La sorpresa eccitata da questo fatto svanisce, quando la si metta in relazione con quella singolare comunione di diritto, che aveva luogo nel seno della costituzione dei gentili. I beni della *gens* appartenevano congiuntamente a tutti i gentili (5). Sì fatto diritto distinguevasi da quello che spettava a ciascheduno come

(1) * *Privatus illis census erat brevis, Commune magnum.* Horat., Ode II, 15, v. 13.

(2) Göttling, *Istoria della costituzione politica romana,* § 40.

(3) Cesare, *De bello gallico,* IV, 1; VI, 22. Veggasi in proposito specialmente Sybel, *Origine della realità tedesca,* pag. 5 e seg.

(4) Il diritto romano dà tali azioni popolari a chiunque le desidera, verbigrazia, contro di chi ha fatto delle innovazioni sulle piazze, sulle strade o nelle acque pubbliche, o che lascia sporgere dalle sue finestre o dal suo tetto cose che minacciano di cadere, e quindi di danneggiare il passo.

(5) Non a modo di persona morale; questa è un' astrazione, onde non è capace se non che un intelletto sviluppato nel diritto, e che pertanto noi non possiamo attribuire all'età dell' infanzia del diritto.

singolo, per questo, ch'egli non era esclusivo, ma gli competeva in comunione indivisibile coi suoi soci, e che perciò non si poteva alienarlo; ma era congiunto inseparabilmente col corpo del sodalizio; era una specie di quel diritto tanto diffuso nelle leggi germaniche, che però nel diritto romano posteriore cedette all'esclusività delle ragioni (1). Ora le azioni popolari, giusta l'originario loro concetto, mirano a proteggere quel *rapporto particolare di un diritto indiviso comune*. Ogni membro ha l'azione come individuo; chi promove effettualmente l'azione, verbigrazia, per la violazione del sepolcro comune, con far valere l'interesse suo proprio, rappresenta eziandio l'interesse de'suoi soci. Ma il fondamento della sua azione poggia nella ragione sua propria, e la circostanza, che l'atto suo torna anche utile agli altri, non gli conferisce il carattere d'un rappresentante (2). Laonde, a motivo della comunione famigliare che sono destinate a proteggere, sì fatte azioni vanno risguardate siccome altrettante emanazioni del principio della famiglia. Che se i giuristi romani dei tempi posteriori ravvisano in esse una eccezione del principio: *nemo alieno nomine lege agere potest*, quasi che l'attore rappresenti in esse l'interesse ed il diritto dello Stato, ciò è giusto dal loro punto di veduta, ma per l'età più antica sarebbe erroneo anche rispetto alle *res publicae*. Poichè, in quella guisa che le cose dei *gentili* non sono della *gens* considerata come persona morale, ma bensì dei *gentili*, così ancora le *res publicae* non sono proprietà dello Stato, ma di tutti quelli che lo compongono Quindi, per atto d'esempio, il singolo che intenta l'azione pel danneggiamento di una via pubblica, si fonda sul diritto ed inte-

(1) * Cioè, la proprietà comune indivisa di tutti i membri, venne poscia designata come la proprietà *di una persona giuridica*. Ma l'antico comprendimento si è mantenuto nel risguardare la persona giuridica siccome una persona *incerta*, e nel contrassegnarla come un corpo di *singole* persone, verbigrazia, *municipes possidere*, l. 1, § 22, e l. 2, *D. de acq. poss.* Verrà forse un giorno che si rifarà quel passo indietro, e, rinunciando alla finzione, si procaccerà di ricostruire giuridicamente il rapporto naturale. Se riuscisse la prova pel diritto germanico, ciò non mancherebbe d'influire sul diritto romano.

(2) Qui si potrebbe applicare la massima contenuta nella l. 12, pr., *D. de reb. auct. jud. aliquid ex ordine facit, et ideo ceteris quoque prodest.*

resse suo proprio; se non che qui la relazione della cosa con lui è più fievole e meno apparente, che non lo sia nei fondi dei *gentili*. Quanto più ampia è la circonferenza del corpo di coloro che hanno ragione all'uso comune indiviso, e che possono accamparla in via di azione, tanto è più facile che sfugga all' osservatore l'idea, che ciascheduno vi esercita il suo proprio diritto; ed essa dovette poi venire onninamente rimossa ed abolita, allorchè la giurisprudenza introdusse e sviluppò la teoria delle persone giuridiche.

Lo Stato ebbe d'indi innanzi la proprietà sulle *res publicae* come soggetto particolare di diritto; e se anche dopo, come prima, il singolo intentava per queste l'azione, non poteva ravvisarsi in lui che un rappresentante dello Stato.

Ma, accanto alla proprietà comune dei *gentili*, v'era pur anco (come dianzi procacciai di provarlo) la proprietà privata sui mobili e sugli immobili. Ho di già avvertito che la scioltezza dello sviluppo posteriore della proprietà era inconciliabile colla costituzione dei *gentili*. È impossibile di precisare le condizioni limitative, nell'interesse della *gens*, la disposizione del proprietario, per riguardo all'alienazione delle cose *singole* (1).

Parmi invece di poter dimostrare che la *gens* era guarentita dal pericolo di perdere il corpo della sostanza. Sì fatta perdita poteva intervenirle in due modi, cioè per l'uscita dei suoi membri, e per le loro disposizioni testamentarie. Per ciò che spetta al primo modo, il diritto romano partiva dal principio, che è libero al cittadino di prosciogliere in qualunque tempo sè stesso dal vincolo dello Stato, e che cessano con ciò i suoi diritti ed obblighi, così verso dello Stato, come verso dei singoli. La *gens* non poteva, dal suo punto di veduta, frapporre ostacolo di sorta alla rinunzia della sua cittadinanza; a chi nulla più le domandava, ella non poteva imporre più nulla. Codesta libertà di emigrare non recava, in effetto, con sè alcun pericolo, come lo si vedrà nel capo 10. Ma era ben differente il caso, se alcuno voleva lasciare la sua *gens*, non per rinunciare il suo diritto di cittadinanza, ma onde passare in un'altra *gens*; ciò poteva accadere per mezzo dell'*ar-*

(1) Della totale privazione della facoltà di disporre, a mezzo della *cura prodigi*, abbiam già parlato in addietro.

rogazione, come è a dire, se chi usciva della *gens* si faceva accettare per figlio dal membro di un'altra *gens*. L'intero suo patrimonio si devolveva allora al suo padre adottivo, e veniva quindi tolto all'antica sua *gens* (1).

Il medesimo accadeva se qualcheduno instituiva in erede un membro d'un'altra *gens*. Ma in ambedue i casi, giusta il diritto più antico, la validità dell'atto non dipendeva interamente dalla approvazione della *gens* interessata, e nemmeno dalla volontà personale. Il sistema della pubblica guarentigia, onde abbiamo di già fatto cenno (pag. 114), e che nei capi seguenti rinvergheremo meglio, porgeva un mezzo al popolo di dirimere il conflitto, tra l'interesso della *gens* e la volontà d'uno dei suoi membri, in favore d'una parte o dell'altra, giusta l'occorrenza. Potevano avverarsi dei supposti che giustificassero gli atti suddetti, e li mostrassero vantaggiosi all'interesse dello Stato; come, viceversa, se ne potevano verificare di quelli che consigliassero di rispettare l'opposizione della *gens*. La discussione che precedeva il voto del popolo, porgeva alle persone interessate (tra le quali, nella *arrogazione*, conveniva annoverare anche i creditori) l'occasione di propugnare il proprio interesse. Che se poi si ammette, che nei comizii celebrati per l'erezione dei testamenti, e per le arrogazioni, intervenisse una votazione effettiva, allora noi (serbando ai capi 5 e 9 gli argomenti che convalidano questa opinione) ci permetteremo qui solo di fare osservare, quanto anche le condizioni della *gens* ci inducano ad abbracciarla.

Fino al presente abbiamo considerato l'organamento interno della *gens*, ed esso comprende la parte essenziale della costituzione dei *gentili*. Poche parole basteranno, per l'intenzione nostra, a spiegare il rapporto che corre tra le *gentes* e lo Stato universo. Egli è una federazione di Stati, il di cui fondamento ultimo giace nelle *gentes*. I diritti e gli oneri dello Stato sono ripartiti secondo le *gentes*, lo Stato non tiene alcuna politica relazione immediata col singolo cittadino. La *Curia* e la *Tribù* sono un composto di *gentes*, onde la causa originaria io la rinvengo nel-

(1) La *datio in adoptionem* poteva anch'essa produrre il passaggio in una *gens* aliena, ma il patrimonio non seguiva la persona, da poi che il figlio di famiglia non aveva una sostanza propria, e quindi non occorreva d'imporre, per questo caso, alcun vincolo alla volontà del padre.

l'interesse della costituzione militare; la loro significanza politica e la loro fermezza, come comunanza, non può stare per nulla in comparazione di quella delle *gentes*. Lo sviluppo morale e giuridico di queste è più robusto, il legame si rallenta a misura che si ascende, e lo Stato universo non è superiore alle *gentes*, ma consta di esse, cioè la forza sua non è che la somma della loro. In quella guisa che la *gens* non instituisce che un rapporto di coordinazione, così eziandio lo Stato universo non induce che una comunanza di coordinazione. Ci sembra opportuno di serbare pel capo seguente lo sviluppo particolareggiato di questo pensiero, e adesso, innanzi di lasciare la *gens*, accenneremo soltanto la reazione che egli, per sentimento nostro, esercitò sulla famiglia.

Nel diritto romano più antico la famiglia si allontanò molto dalla sua base naturale, la consanguineità. Questa era risguardata ivi come un fatto indifferente; i congiunti civili, gli agnati vincevano i consanguinei, i cognati. L'agnato più remoto, ed i *gentili* escludono il figlio emancipato dall'eredità del padre, ed il nipote da quella dell'avo materno; ad entrambe queste persone, tanto prossime al defunto, forse i suoi soli discendenti, non accorda il diritto (che ravvisa in essi altrettanti stranieri) l'eredità, nemmeno in mancanza di tutti. Donde sì fatta apparente durezza? Ella era un corollario del modo formale con cui modellavasi il rapporto di parentela, indotto, per viva forza, dall'ufficio politico che sì fatto rapporto esercitava nella costituzione dei *gentili*. La famiglia, con diventare una corporazione politica, accoglie necessariamente in sè degli elementi, s'impone delle limitazioni aliene dall' unità del sangue e dell' amore. Si apparecchia, con ciò, una scissura, la possibilità di una separazione della famiglia *naturale* dalla *giuridica* (1); questa insignita dalla legge coi vantaggi giuridici più importanti del rapporto di famiglia, quella priva di essi, e dipendente dalla libera disposizione dell'amore individuale. Dall'opposizione che, in tal congiuntura, passava tra l'amore naturale di famiglia e la sanzione della

(1) * L'influenza di così fatta partizione della famiglia, in naturale e civile, ci rende ragione del perchè nella lingua latina gli zii e le zie da parte di padre vengono distinti da quelli da parte di madre *(patruus, amita — avunculus, matertera)*.

legge, usciva il tentativo di rendere alla famiglia naturale, per mezzo di atti giuridici, ciò che le avea negato la legge, e nominatamente il diritto di eredità, a mezzo dei testamenti. Nei popoli anteriori ai romani la famiglia era contro alla libertà di testare, invece presso i romani la famiglia la fa sorgere, a motivo della sua parziale dislocazione; almeno questa può figurarsi come ragione sufficiente, onde motivare in Roma il bisogno dei testamenti; mentre, prescindendo da essa, converrebbe rinunciare a tale motivo, e ritenere che i testamenti non debbono la loro origine ad un motivo morale, ma all'arbitrio, alla contraddizione al rapporto che veggiamo correre, presso di tutti i popoli, tra il diritto di eredità e la famiglia. Ma, in dubbio, egli si conviene supporre, che un' instituzione giuridica sia apparsa nel momento in cui n'era più stringente il bisogno. Pei testamenti romani noi discoprimmo un momento sì fatto, e ci pare verosimile, che quell'istesso motivo morale, a cui deve la sua esistenza il diritto di eredità in genere, e che spiegò tanta efficienza appunto nella antichissima costituzione (quello dell' amore di famiglia) abbia prodotto anche i testamenti, anzichè questi sieno stati prodotti dal semplice arbitrio; od in altri termini, che i testamenti non sorgano, nell'istoria del diritto, a guisa di oppositori, ma di ancelle della famiglia.

CAPO IX.

Lo stato risguardato dal punto di veduta del diritto soggettivo. — La società politica degli individui. — La vendetta era il fondamento della facoltà di punire; la facoltà legislativa e la giudiziaria erano fondamentate nella convenzione. — Dualismo dei diritti riconosciuti dallo Stato, e di quelli meramente soggettivi.

L'ordine delle idee, che seguitammo sino al presente, ci ha guidati dall'individuo alla *gens*, passando per la famiglia. Se adesso ci accingiamo all'ultimo passo, quello che separa la *gens* dallo Stato, non è tanto il punto, ove con ciò perverremo, che debba attrarre tutta quanta la nostra attenzione (la più antica costituzione dello Stato romano, pur oggi tanto controversa),

quanto il passo in sè stesso, che a tale intento ci convien fare. Infatti il problema da proporci è questo: lo Stato, onde dobbiamo informarci, va egli ravvisato, in comparazione delle idee svolte sin qui, a guisa d'un passo, ovvero d'un salto? O con altre parole: lo Stato fu egli costrutto col materiale di quelle idee, ovvero è egli un edificio in tutto nuovo?

Sì fatta interrogazione potrà suonare assai strana; poichè, si dirà, non è egli lo Stato verso degli individui sempre una cosa di specie nuova, una potenza da essi distinta, e ad essi soprastante, che agisce col mezzo d'organi e rappresentanti suoi propri; un essere d'un genere superiore agli individui, avente scopi e mezzi più alti? Tali sono, senza dubbio, le condizioni dello Stato odierno; ma non v'ha errore più dannoso di quello di formarsi tale concetto dello Stato, ogniqualvolta egli ci si presenta nell'istoria; poichè, tanto questo concetto, quanto lo Stato che lo ritrae, sono frutto di un lungo processo istorico. Sì fatto concetto sembra a noi tanto naturale, ch'egli è, pur troppo, facilissimo di trascorrere sino a trasferirlo nell'epoche passate, in cui pure si aveva intorno allo Stato delle idee tutte diverse dalle nostre. Il medesimo oggetto viene sovente risguardato, dai diversi popoli, sotto diversi punti di veduta, e riceve quindi nelle lingue i nomi che vi rispondono: e talvolta, perfino le lingue che conservarono le antiche denominazioni, ne alterarono il senso, onde accomodarle alla mutazione avvenuta nelle idee. Tanto si verifica appunto riguardo allo Stato romano, ed ai suoi uffici e facoltà. Presso dei romani *civitas*, *res publica* designano ciò che noi appelliamo *Stato*, *repubblica*: noi voltiamo la voce *lex* in legge, *judex* in giudice, *judicium* in *giudizio*, e teniamo per assoluto che, trovando noi nello Stato più antico di Roma le *leges* ed i *judices*, a lui pure spettasse l'autorità legislativa e la giudiziaria. Ma a codeste nostre parole, benchè venute dalle antiche romane, noi mutammo l'originario significato in quello che si confacc al moderno comprendimento; e perciò, interpretandole alla nostra guisa nello Stato romano, lo raffiguriamo, senza avvedercene, falsamente.

Sì fatto errore io lo combatto continuamente in quello che sono per dire. Io porto fidanza, che verrammi fatto di provare, che lo Stato antichissimo di Roma poggiava sopra idee diverse da quelle, che per noi si attribuiscono allo Stato; che i romani, sotto

delle voci *res publica, jus publicum, judex, poena publica*, si figuravano ben altro da quello che noi intendiamo per tali espressioni; come a dire, che essi divisarono tutto questo dal punto di veduta del principio soggettivo. Noi discoprimmo omai in sì fatto postulato il principio originatore di tutto quanto il comprendimento giuridico romano (capi 4-6): da sì fatto punto di veduta, che abbiamo attinto, procacceremo di spiegarci lo Stato. Il nostro tentamento avrà, di prima giunta, sembianza d'una dimostrazione *a priori*, ma io spero che ella scemerà, in ragione dell'avanzare della mia esposizione, ed io reputerò di avere raggiunto il mio intento, se da ultimo mi si accorderà anche solo, non essere impossibile che la mia opinione corrisponda alla realtà.

Provata una volta la possibilità che lo Stato romano sorgesse dal principio soggettivo, sta per la sua realtà quell'istesso peso di ragioni ch'è in favore d'ogni ipotesi, che sappia collegare effettualmente due punti istorici documentati.

E poi che l'istoria, come la natura, non procede a salti, ma ambeduo traggono le cose più composte da semplicissimi germi, così noi operiamo secondo ragione quando, per lo Stato e per le sue instituzioni, rinverghiamo dei tenui principii, e procacciamo di collegarli con quell'elemento minimo morale che discoprimmo fin qui.

Dal punto di veduta del principio soggettivo, la sociale colleganza si appalesa come una relazione contrattuale: questa pacifica convivenza, questa *pax*, è frutto di un contratto espresso o tacito, di un *pactum*. Ma il rapporto comune, che per ciò viene introdotto, è quello dell'*eguaglianza*, della *coordinazione*, e, pur conservando sì fatto punto di veduta, si può immaginare, (come proveremo in seguito), uno sviluppo del diritto e dello Stato.

Ma non appena sorge qualche minaccia dall'estero, la forza delle circostanze, il bisogno di conservarsi genera il rapporto di subordinazione. Gli inimici esterni fanno avanzare lo sviluppo dello Stato, a lui impongono un ordinamento ed una costituzione strettamente militare; la quale da principio non serve per verità che alla difesa contro dell'inimico, ma in seguito esercita insensibilmente una specie di reazione sull'organamento interno dello Stato proprio. Quando ci interverrà di occuparci della costituzione militare romana, allora studieremo quest'ultimo punto, donde Roma

svolse l'idea della supremazia e della subordinazione politica; ma al presente ci ristringiamo a parlare della coordinazione ch'esce dal principio soggettivo, esponendo divisatamente le conseguenze che ella recava seco per lo Stato e la sua costituzione.

1.° Tra lo Stato ed i cittadini passa una relazione simile a quella che corre tra la *gens* ed i *gentili*, cioè egli non si diversifica da loro, non esiste fuori ed al di sopra di loro, ma egli non è altro ch'essi medesimi; lo Stato ed il popolo sono una cosa. Se, pel formarsi della *gens*, le persone naturali non soggiacquero all'astrazione di una personalità diversa dalla loro, ne consegue che sì fatto rapporto non deve alterarsi per la semplice colleganza di parecchie genti in uno Stato. Ambedue codesti rapporti hanno somiglianza con una società, e, verso dei medesimi, la relazione dello Stato moderno, ed anche del romano dei tempi posteriori, equivale a quella che passa tra una persona giuridica ed i suoi membri. Ora da sì fatta veduta fondamentale discende poscia:

2.° Che, fin dove giunge codesta società politica, non è lo Stato quello che figura siccome soggetto dei diritti da essa generati, e rappresentante de'suoi interessi, ma bensì tutto il popolo, tutti i cittadini, e quindi eziandio ogni singolo che lo compone. I diritti privati ed i pubblici non si diversificano tra di loro per la diversità del soggetto; soggetto d'entrambi è la persona naturale; la sola differenza che passa tra loro è questa: che i diritti privati hanno una relazione esclusiva col singolo, mentre ciascheduno partecipa nei pubblici. L'espressione denotante quella relazione esclusiva è *proprium* (*pro privo*) (1); per indicare invece questi interessi comuni del popolo si adoperano le voci *populicum*, *publicum*, *popularis*. Quindi *Res publica*, onde l'intendimento nei tempi posteriori è quello di Stato, figurato come persona, non significa nell'origine altro che ciò ch'è comune a tutti; *res publicae* sono le cose singole della società politica, a cui ciascheduno ha medesimamente ragione (2), verbigrazia, le vie pubbliche, le piazze e simili.

(1) Perdendo la lettera *v* come avviene, verbigrazia, in *derva*, *divus*, *deus*. Pott, l. c., vol. 1, pag. 266.

(2) * Cicerone ci somministra un documento parlante di tale concetto: Pisone designa la proprietà pubblica siccome quella, in che egli partecipava in proprio (*mea bona*) Tusc. III, 20, § 48. — Non con-

Dal fare degli individui il concetto di soggetti dei diritti pubblici, e degli interessi pubblici quello d'interessi di tutti, e quindi di ogni singolo, ne conseguita che ogni singolo ha il diritto ed il dovere di difendere questi interessi, d'impedirne le violazioni, e, caso che queste fossero di già avvenute, di chiederne soddisfazione, come nelle private ragioni. Il mezzo originario d'ottenerla era, per queste, la difesa privata, e fu solo in progresso di tempo che ad essa sottentrò l'azione. Anche nelle ragioni pubbliche possiamo ammettere un ordine eguale di sviluppo; anzi ci vien fatta facoltà di distinguere anche in esse, come usammo di fare sul campo del diritto privato, la privata difesa in senso stretto dalla privata vendetta. Un impedimento frapposto all'uso delle cose pubbliche, una diminuzione della sicurezza dei passi, non poteva dare origine che alla difesa privata in senso stretto, perchè sì l'uno che l'altra non importavano la violazione della personalità altrui. A codesta polizia esercitata dal popolo in forma non solenne, sottentrò più tardi un'*actio popularis*, di che dicemmo abbastanza nell'occasione di esporre un rapporto somigliante nel seno della *gens* (p. 151). Onde non accade che ci intratteniamo adesso a dimostrare distintamente, come l'*actio popularis*, che ogni cittadino era libero d'intentare in proprio, riflettesse il comprendimento da noi abbracciato, come è a dire, che il cittadino, e non lo Stato è il soggetto dei diritti pubblici.

La vendetta privata mirava a ricattarsi dell'ingiuria ricevuta; l'azione che la eccitava era un *delictum privatum*, e si riferiva unicamente alla ragione della persona offesa. Che se accadeva un delitto ingiurioso a tutto il popolo, *delictum crimen publicum* (e ciò poteva intervenire mediatamente anche in un'azione che direttamente colpisse soltanto una persona privata) — anche allora veniva suscitata la vendetta dell'offeso; l'intero popolo la esercitava. Ci son conservate ancora alcune tracce, che annunciano con sufficiente chiarezza questa condizione primitiva (1), onde l'istoria ci porge

viene trascurare questa considerazione specialmente nell'istoria dell'*ager publicus*. Egli è la proprietà comune ed indivisa di tutti i patrizi; e, da sì fatto punto di veduta, essi avevano il miglior titolo di respingere gli sforzi diretti dai plebei contro il medesimo, come altrettanti attacchi alla loro proprietà privata.

(1) * *Minime majores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam, et parentes et liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem,*

tanti esempii presso degli altri popoli. Il falso testimonio veniva precipitato dal popolo dalla rupe tarpea, e chiunque aveva facoltà di uccidere l'*homo sacer*, di cui ci occuperemo in trattando del principio religioso. Adunque, in quella guisa che dalla vendetta privata si sviluppò l'azione penale privata, così dalla vendetta pubblica nacque l'azione penale pubblica (*judicium publicum*). Più tardi, quando non più nella totalità dei singoli, ma nello Stato, vedesi la persona offesa, il delitto pubblico si diversifica dal privato, la pena pubblica dalla privata, tanto pel concetto quanto per la procedura; ma, in origine, v'era identità tra loro, e questa viene manifesta tuttavia dall'uso indistinto delle espressioni *delictum*, *vindicta*, *poena* per additare così i delitti pubblici che i privati.

Il passaggio della giustizia popolare in una amministrazione regolata precedette la sostituzione dell'ordine delle pene private alla privata vendetta. Al tempo delle dodici tavole sì fatta mutazione è, per riguardo alla *vindicta publica*, di già compiuta, ma, per rispetto alla vendetta privata, ella è ancora in sul nascere. Donde tal differenza? Forse da ciò, che la vendetta pubblica aveva, per dir così, un incesso meno sciolto e più grave, e quindi anche minor vitalità della vendetta privata.

Nel mentre, cioè, in questa non erano in cospetto che due sole persone, e quindi lo scopo ultimo della vendetta, cioè il soddisfacimento, poteva agevolmente conseguirsi mercè l'accordo di esse, invece nella vendetta pubblica sovrastavano all'offensore tanti avversari quanti erano gli offesi; e lo era ogni cittadino: quindi l'accordo con uno o con parecchi a lui non fruttava, poichè rimanevano sempre delle persone insoddisfatte. Altro mezzo non v'era, di diffinire la pendenza, che quello di stipularne il riscatto coll'universo popolo raccolto nei comizii, ovvero con una persona abilitata a rappresentarlo per questa occasione. Laonde l'organamento della giustizia criminale fu, in effetto, un progresso onde avvantaggiò il colpevole. Quando prima la vendetta stava

aut pater filium occidisset, sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt, l. 35, *D. de relig.* Rubino, *Ricerche sulla costituzione romana*, pag. 478 e seg., avverte nella *provocatio* un tenue avanzo della giustizia popolare usitata nei tempi antichissimi contro i nemici interni della sociale comunanza.

sospesa sul suo capo dovunque egli fosse, quando prima ella era indeterminata e smisurata, ed egli non poteva difendersi contro l'infliggimento di una pena, allegando quella di già sostenuta, ovvero un'antica composizione; invece il cambiamento suaccennato gli procacciò il vantaggio, non solo di soggiacere ad una pena fissa e diffinitiva, ma quello eziandio di concorrere a determinarla.

La pena che viene inflitta può avvisarsi da due punti di veduta da quello del riscatto della vendetta, e da quello dello sfogo di, questa sott'altra forma. Il passaggio dalla giustizia popolare all'amministrazione criminale pubblica poteva accadere sì coll'una che coll'altra di queste idee. Ma esse s'immedesimano in guisa, che torna difficile di decidersi esclusivamente per una sola. Lo spirito altresì, con che il popolo romano usò della giurisdizione criminale ai tempi della repubblica, si confà con entrambi questi due punti di veduta. Com'è noto, l'esito delle discussioni, che facevansi in presenza del popolo, non dipendeva tanto dalla gravezza e dalla colpabilità del delitto, quanto dal grado del risentimento popolare dell'ingiuria. Sopra d'un cittadino odiato il popolo si vendicava aspramente anche d'un delitto comparativamente lieve, e per lo contrario il popolo mostravasi trattabile, anche verso d'un delitto assai grave, quand'era commesso da un cittadino popolare; e gli metteva in conto la lealtà dell'intenzione ed i servigi prestati allo Stato.

Il tentamento di dedurre la giurisdizione criminale del popolo dall'idea che il delitto, avendo offeso tutti, eccita altresì la vendetta di tutti, farebbe concordare questa giurisdizione col principio fondamentale che stiamo investigando, cioè che tra l'individuo e la massa corre un rapporto di coordinazione. Benchè le pene che si infliggevano fossero la morte, il confino, la confisca dei beni e simili, elle non importano per questo una supremazia ed una subordinazione, una autorità sulla vita e sulla morte. Infatti anche la vendetta privata, in cui certamente non passava tra l'offensore e l'offeso che un rapporto di eguaglianza e di coordinazione, ha una pena corrispondente a quasi tutte le suaccennate. Per quella di morte basti rammentare la pena del ladro, dell'adultero, del fallito; colla vendita in ischiavitù, che il popolo faceva di colui che non si presentava al censo od alla leva

(*incensus*, *infrequens*), conveniva la procedura verso del debitore insolvibile; alla *publicatio bonorum* corrispondeva il possesso che il creditore prendeva delle facoltà lasciate dal suo debitore. In quanto alla condanna in confino, non accade che si osservi, che il diritto di espulsione, che spetta ad ogni società, non presuppone una supremazia, ma discende dal concetto di società.

Ma alle idee svolte insino ad ora sembra ripugnare il fatto, che il popolo non acquistò l'autorità di punire che sotto la repubblica, e che avanti ella era affidata alle mani del re; che quindi ella dovette essere in origine parte integrante dell'autorità reale. Ma per quanto sì fatta opinione sembri appoggiata dai nostri fonti, io per me la reputo erronea. Certamente al re s'apparteneva una podestà punitrice di grande efficienza; ma noi proveremo nel capo 11 ch'ella, come la dignità del re tutta quanta, era nell'origine di natura puramente militare. Non si può negare che l'autorità del re diminuisse col progresso del tempo la giurisdizione criminale del popolo, e che anzi l'oscurasse affatto; ed io mi confido che saprò all'occasione spiegárlo, e renderne le ragioni; e parmi altresì affatto naturale, che le nostre fonti non accennino che il re siccome investito della podestà di punire. Ma, d'altra parte, nè anche il popolo era stato escluso affatto dal compartecipare alla giustizia punitiva, com'è dimostrato dalla *provocatio* (capo 11), e da alcune vestigia della *vindicta publica* che giunsero fino a noi.

Se quindi al tempo della *repubblica* troviamo il popolo investito della suprema podestà criminale, non dobbiamo immaginarci che egli conseguisse allora ciò che prima non aveva; ma tutto quanto il cangiamento, rimpetto all'èra dei re, fu questo, che la podestà punitiva militare, che sino allora era stata competente anche dentro di Roma, e che, oltrepassando i suoi limiti, s'era allargata a spese della giurisdizione penale del popolo, fu esigliata da Roma, cioè si tolse ai magistrati, finch'erano in Roma, l'*imperium* militare, e si levò dai loro fasci la scure che lo simboleggiava (1).

(1) Cicerone, *De republ.*, I, 40. *Noster populus in pace et domi imperat et ipsis magistratibus minatur, recusat, appellat, provocat; in bello sic paret ut regi.*

Ad ogni nuovo dittatore che veniva creato, si rendeva l'*imperium* e la scure, e l'amministrazione della giustizia penale seguiva col diritto di guerra.

Se è vero il principio da noi propugnato, che non già lo Stato, ma il popolo universo, e quindi ogni singolo, è il soggetto del *jus publicum*, avverrà ancora che, come tal principio vale pei diritti derivanti dal *jus publicum*, così esso regolerà pure i doveri che questo impone; ed in fatto il diritto romano internazionale mostra in ciò una conseguenza rigorosa di principii. Un trattato conchiuso con un popolo straniero non obbliga solo i due governi, ma ogni individuo d'amendue i popoli; e però il singolo che lo viola si consegna al popolo estero, perchè, ciò facendo, egli infrange l'obbligo che gli incombe. La pace e la guerra tra due Stati è pace e guerra tra i singoli che ne fan parte.

3. *La volontà dello Stato è la volontà degli individui, la legge è un contratto, con cui gli ultimi si obbligano vicendevolmente a serbare una certa condotta, e l'obbligo, indi nascente per tutti, è il diritto in senso oggettivo.* Il subietto della podestà legislativa non è lo Stato, ma gli individui; quindi anch'essa rampolla, a modo della criminale, dal tronco del principio soggettivo: la forma originaria, sotto di cui essa compare, non è quella d'un comando o d'un divieto ai sudditi, ma d'un accordo convenuto tra persone eguali, è uno svilupparsi del diritto oggettivo dal contratto, donde, in più d'un luogo, si rinvengono degli esempii (1).

La legge dovendo obbligare tutti, conviene altresì che venga stabilita da tutti; essa non è altro che l'applicazione della formola obbligatoria a tutto il popolo. Come alle obbligazioni private occorre l'interrogazione e la risposta (la *stipulazione*), così accade anche qui; si fa la rogazione al popolo (2), e questi risponde col suf-

(1) Verbigrazia in Germania nell'*Istoria della costituzione degli Stati*. Ivi il diritto pubblico non è che il complesso dei diritti convenzionalmente concessi agli Stati.

(2) *Lex rogatur, testes rogati* (per traslato dal *testamentum in comitiis calatis* a quello ch'erigevasi colla *mancipatio*) *arrogatio*. Avverto, solo per incidenza, che l'uso della voce *rogare*, tanto nell'erezione dei testa-

fragio. È per questo che un giureconsulto romano, avvisando sì fatta condizione originaria della legge, la definì *communis reipublicae sponsio* (1).

L'uso dei Romani di adoperare la parola *lex*, tanto per le leggi quanto per le convenzioni private (2), indica che in origine la natura di queste due idee pareva ad essi somigliante. Nell'origine la legge e la convenzione non si diversificano per l'intensità, ma bensì per l'estensione di loro efficienza, al modo istesso che la *vindicta publica* differisce dalla *privata*. La *lex publica* è una convenzione di tutti, e viceversa una convenzione privata è una *legge* pei due contraenti. Quindi, in quella guisa che la convenzione privata, per essere operativa, deve risguardare i negozii dei contraenti, medesimamente anche la convenzione pubblica, la *lex* deve aver la mira agli interessi di tutti i cittadini. La massima: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* può essere rivolta in quest'altra: *jus privatum pactis publicis mutari non potest*, come è a dire, la legge non può introdurre un *privilegium*, cioè una *lex privi* (3).

L'effetto della legge, pel singolo, è quello di un contratto a cui egli intervenne (4). Laonde, colla trasgressione della legge, s'infrange una obbligazione assunta, e, secondochè la ragione a cui corrisponde l'obbligo che viene violato, è di pertinenza del popolo o di un individuo, anche il popolo o l'individuo procede alla privata difesa.

La voce *jus* esprime questo effetto della legge, di obbligare

menti, quanto nell'arrogazione, è un altro documento per l'opinione che il popolo desse il suffragio in entrambi questi atti. Del rimanente, l'identità tra la forma della rogazione e del suffragio popolare da un lato, e la stipulazione dall'altro fu di già avvertita da Rubino, l. c. p. 255, senza che però egli tenesse la via qui da me seguita.

(1) Papiniano, nella l. 1, *D. de legib.*

(2) Verbigrazia *vendere, dare hac lege*, *lex commissoria*, *leges venalium vendendorum*, e simili.

(3) Il notissimo principio delle dodici tavole: *privilegia ne irroganto.*

(4) Per sì fatto intendimento era indifferente ch' egli votasse pro o contro della legge, ovvero che non intervenisse al suffragio. Rimanendo nello Stato, egli riconosceva in seguito la legge siccome obbligatoria anche per sè.

chicchessia. *Lex* indica il fondamento del diritto, l'atto d'imporre, *jus* la conseguenza del vincolo permanente. La *lex publica* costituisce il *jus* in senso oggettivo, i precetti giuridici; la *lex privata*, il contratto, induce il *jus* in senso subiettivo, le ragioni. Come la legge ed il contratto, che più tardi si diversificarono tanto l'uno dall'altro, in origine erano identici, lo erano altresì il diritto oggettivo ed il soggettivo.

Jus (1) è il legame, ciò che lega; la norma di diritto, cioè il *jus* nel sentimento oggettivo, è ciò che lega tutti, che impone a tutti un dovere, e rispettivamente attribuisce un diritto: *jus* nel sentimento soggettivo è ciò che lega solamente un individuo, e che quindi attribuisce un diritto ad un altro. Questi, a mezzo della *lex* convenuta col terzo, ha creato una regola giuridica, che importa per il secondo l'obbligo di prestare questo o quello; e poichè al primo si spetta di eseguirla (*jus ei est*) così a lui spetta il diritto (*jus ei est*). Le regole che la universalità si è imposta, o ch'ella riconosce tacitamente, e donde veglia l'esecuzione, stanno con lei in relazione somigliante, cioè, considerate soggettivamente, elle figurano come facoltà.

(1) Dalla radice sanscritta *ju* legare, donde viene anche *jugum*, il tedesco *joch, jumentum, jungere* ed una quantità di voci d'altre lingue Veggasi per ulteriori ragguagli Pott, l. c., pag. 213. Con questa radice Pott spiega altresì la strana combinazione dei due significati di *jus*, come è a dire di *diritto*, e di *brodo*. — È interessante di vedere come i greci ed i romani contrassegnassero con voci diverse l'idea del diritto. Ambedue queste lingue adoperano a tale intento delle *radici* differenti, benchè le radici medesime sieno a loro comuni. La lingua greca usa la radice *dic* (δίκη) *additare, mostrare;* donde nella lingua latina vengono *dicere, digitus* e simili: questa adopera la radice *ju*, donde nella lingua greca deriva ζυγόν, *jugum*. La voce greca suddetta corrisponde a *modo, maniera, guisa, regola, norma*, e quindi Δίκαιος, secondo il suo significato originario, verrebbe a dire, colui che tiene l'usanza, la consuetudine. Il mezzo di estrinsecare questo significato è il *modello*, l'*esemplare*; dall'esemplare, dai fatti precedenti deriva l'*uso*, la *costumanza*, il *diritto*. Quindi la lingua greca, distinguendo l'idea di diritto, mette in rilievo l'elemento dell'*usanza anteriore*, l'*origine sua consuetudinaria;* la lingua latina invece trasceglie l'efficienza obbligatoria del diritto. Non accade ch'io accenni quale di questi concetti sia più elevato.

Trapassiamo adesso ad un punto di grande importanza, con cui faremo il saggio dello sviluppo da noi dato al principio della volontà soggettiva. Egli è questo:

4. Il rapporto tra lo Stato ed il diritto privato.

Giusta un'opinione divulgata, che a primo tratto sembra verosimile, il diritto privato avrebbe avuto, nei più antichi tempi, una totale dipendenza dallo Stato, e solo poco a poco se ne sarebbe affrancato; mentre, per contrario, la nostra nozione della volontà soggettiva ci obbliga ad ammettere l'opposto diretto, cioè la separazione totale originaria del diritto privato dallo Stato. L'apparenza che fa per quell'opinione sono le forme pubbliche, sotto di cui comparisce il diritto privato di quell'epoca, non che quella mancanza delle antitesi nel diritto privato, di cui toccheremo nel capo 13. Ma quelle formole provano anzi che lo Stato, come tale, non s'intrometteva nel diritto privato: esse s'usarono appunto per stabilire tra il primo ed il secondo quella relazione che prima non esisteva. L'accennata mancanza di antitesi non dipende poi da ciò, che lo Stato domini sul diritto privato, ma bensì questo su quello, cioè che lo Stato è costrutto secondo le massime del diritto privato. Ripugnerebbe a tutta l'istoria che lo Stato abbia cavato di sè il diritto privato; il sentimento della indipendenza individuale è la nozione prima assoluta, e, solo dopo una lotta faticosa e lenta con lui, il principio dello Stato giunge a dominare.

L' indipendenza originaria del diritto privato, da noi asserita sin qui, è una conseguenza necessaria del principio della volontà soggettiva. Lo Stato può influire sovra del diritto privato indirettamente, verbigrazia, privando dei diritti politici (pel censore), ma sovr'esso non gli spetta alcuna podestà diretta. Non avendo egli concesso il diritto, non sta nemmeno in suo potere di restringerlo. La comunanza, ond' egli è l'espressione, si restringe agli interessi pubblici, cioè comuni a tutti; sol essi sono subbietto delle sue cure, del patto universale, della *lex publica*. Invece il fondamento del diritto privato sta nell'individuo, alla sua attività spetta di crearlo e di effettuarlo; tutto quanto il campo del diritto privato è fuori della ragione dello Stato, in quella guisa che le relazioni di un socio sono estranee alla società. Anche, poi che lo Stato s' intromise ognora più in questa ragione, per circoscriverla o per difenderla, si scorge ancora chiaramente sì

fatta idea fondamentale sul rapporto tra lo Stato ed il diritto privato, come lo proveremo nel secondo sistema. Non volendo precorrere codesta investigazione, ci accontenteremo adesso di rinvergare il punto, in cui il campo del diritto si aprì, da prima, all'ingerimento dello Stato, ed esamineremo le relazioni vicendevoli ch' indi ne sorsero.

Noi siam di già pervenuti a questo punto, trattando della privata difesa (p.114); egli era l'assicurazione degli affari giuridic con richiedere il popolo della sua guarentigia. Riprendiamoi adesso il filo del ragionamento allora interrotto. Gli affari principali si facevano, pel diritto più antico, sotto della guarentigia pubblica, tutti i diritti più importanti si appoggiavano direttamente od indirettamente sul riconoscimento e sulla assicurazione del popolo. Si fatta guarantigia ottenevasi direttamente nel *testamentum in comitiis calatis* ed in *procinctu*, nell'*arrogatio;* indirettamente nella *mancipatio* (p.114) nelle varie sue applicazioni, come verbigrazia, nel *nexum*, nella conchiusione del matrimonio per la *coemptio*, nella *confarreatio* (p.114) nella *usucapio*, (veggasi più avanti) nel *census*. Si potrebbe ridurre sotto sì fatto punto di veduta anche la *in jure cessio*, specie di vindicatoria simulata, in cui le parti convenivano, che si aggiudicasse all' attore la ragione da lui pretesa; e ciò perchè la decisione del Pretore si appoggiava mediatamente alla volontà del popolo che lo aveva eletto. Tuttavia la forma di quest'atto non appartiene già al sistema della privata difesa, ma ad un tempo che omai sapeva maneggiare con una certa libertà gli atti legali, servendosene come di mezzi per un intento alieno. Egli è certo altresì, che soltanto poco a poco si ampliò il campo di applicazione della *in jure cessio*, e che può essere quindi che più d' una disposizione giuridica, che noi veggiamo compiersi per suo mezzo, si effettuasse in origine con altra forma, onde soltanto non ci arrivò la notizia. Laonde, nella manomissione fatta a mezzo della *vindicta*, cioè della *in jure cessio*, ci è permesso di ravvisare una forma più recente e più comoda (perchè eseguibile in ogni istante) rimpetto alla forma più antica e più gravosa del *census*, che non era eseguibile che ogni quinquennio: e però i romani dimostrarono un giusto discernimento, collocando il primo caso di sua applicazione nel principio della repubblica. Con quella forma si agevolò, in comparazione della seconda, l'atto pel modo e pel tempo di sua esecuzione; in quella

guisa che il testamento per la *mancipatio* fu introdotto per ovviare alla difficoltà del testamento in *comitiis calatis*, che non poteva farsi che due volte nell'anno. La manomissione a mezzo del *census* ci attesta un caso in cui interveniva indirettamente la guarentigia popolare; questa forma la si usava certamente anche in altri affari, verbigrazia, nell'erezione delle servitù urbane, nel trasferimento della proprietà, e simili. Ma come la forma più moderna della manomissione, la *in jure cessio*, non abolì l'antica, così sarà accaduto per avventura in altri atti civili; e può essere che, per mezzo della *in jure cessio*, sieno così stati ringiovaniti degli atti soggetti a forme più malagevoli, come che alcuni atti ottenessero per essa la prima volta una forma assicuratrice. Io mi perito quindi di trarre dall'uso della *in jure cessio* delle induzioni pel diritto più antico; ella non ha ai miei occhi quel carattere originario delle altre forme suaccennate.

Quindi, per sì fatte forme proprie del diritto più antico, gli affari più importanti si poteva collocarli sotto la guarentigia del popolo. La libertà pel *census*, le nozze pella *confarreatio* e la *coemptio* (e perciò anche la patria podestà sui figli nati dalle medesime) per l'*arrogatio* la patria podestà non dipendente da matrimonio (l'*adoptio* in senso stretto accade *per in jure cessio*), la tutela a mezzo del *testamento*, la proprietà e le servitù rustiche per la *mancipatio* (le servitù personali e le urbane sorgono per la *in jure cessio*), le obbligazioni a mezzo del *nexum*, l'instituzione di erede, i legati e simili per le due specie di testamenti più volte accennate.

Veggiamo di quanta efficacia sia stata questa guarentigia del popolo per lo sviluppo del diritto. Ella si manifesta primieramente nel rapporto pratico immediato, dando alla difesa privata la somma sicurezza, soffocando nel nascere i tentamenti di resistenza; la resistenza contro di colui che procedeva alla difesa privata, fondandosi su d'un affare guarentito dal popolo, era un resistere a tutto il popolo, un provocare tutti i cittadini ad adempiere al loro dovere di protezione. Tale efficacia della guarentigia popolare si manifestava anche sotto del rispetto filosofico giuridico, in quanto che ella diveniva il mezzo, per cui s'innalzava il concetto proprio del diritto. Ivi il concreto, come sì spesso avvertesi nell'istoria del diritto romano, servì di punto di passaggio all'astratto; dalla protezione *dei diritti* si svolse quella *del diritto in genere*.

La guarentigia dei singoli diritti privati concreti, divenuta che sia usuale, prepara la via all'idea che il diritto privato, considerato astrattamente, sia un subbietto dipendente dalla sorveglianza e dalla guarentigia dello Stato; e dalla facoltà, spettante alla comunanza, di vincolare a condizioni la guarentigia implorata, nasce l'idea che lo Stato possa con leggi limitative intromettersi nel diritto. Se la protezione *dei diritti* conferisce la facoltà di limitarli, lo stesso deve operare anche la *protezione dei diritto.*

Quindi la forma primitiva, sotto di che compare nella regione del diritto l'autorità dello Stato, per proteggerlo e limitarlo, è quella di un *rapporto contrattuale.* La comunanza promette per contratto la sua protezione, e colui che la implora acconsente alle limitazioni, a cui la comunanza vincola questa guarentigia. Laonde, tanto la protezione, quanto il prezzo che per essa si dà, si fondano sulla libera volontà delle parti, sul rapporto di coordinazione. Se il creditore non invoca la malleveria del popolo, questi non può mettere dei confini alla sua ragione; non è che la sua volontà che dischiude il campo del diritto privato all'ingerimento dello Stato.

Ma, dove che nell'origine l'intervento dello Stato seguiva in contemplazione del principio soggettivo, e quindi, da un lato, concorreva a consolidare questo principio, da un altro lato però tale intervento recava seco il germe dell'indebolimento di quel principio. Sorge da simil fatto un'antitesi tra il principio soggettivo e l'intervento dello Stato; nasce, per entro al diritto, il dualismo *dei diritti pubblicamente guarentiti e di quelli non guarentiti*, ed è naturale che i primi avanzino e facciano scemare di pregio i secondi. Se noi investighiamo qual fosse la natura reale di sì fatto rapporto nel sistema della privata difesa, si scorge che chi aveva una ragione non guarentita poteva ricorrere alla privata difesa, al pari di chi aveva una ragione guarentita, e che la condizione del primo era inferiore a quella del secondo, solo in quanto il popolo non gliene aveva guarentito la riuscita. Malgrado ciò il suo diritto poteva essere tanto certo, (verbigrazia, s'era stato danneggiato con un delitto), ch'egli non durasse fatica ad ottenere il presidio che gli bisognava. V'erano dei casi in cui era impossibile di avere anzi tratto la guarentigia del popolo, e ve n'erano di quelli in cui, per la tenuità dell'oggetto, si trascurava di domandarla.

Ma a proporzione che si consolidò il sistema delle azioni crebbe altresì la differenza tra i diritti guarentiti e quelli non guarentiti. Ciò non vuolsi intendere nel significato che non si accordasse l'azione (ch'è la forma sotto di che si palesa più tardi l'efficienza della protezione della comunanza) che pei diritti guarentiti. L'azione accordata per questi non veniva per avventura contraddistinta che dall'aggiunta *ex jure Quiritium* (veggasi più avanti) e da una procedura particolare (1). L'azione la si doveva concedere anche pei diritti non guarentiti, quando sì fatta guarentigia fosse impossibile, ovvero non la si fosse praticata *ab antico*. Ma per contrario la si negava, dove non fosse stata adoperata la forma occorrente, negli affari di diritto che solevano essere guarentiti.

(1) Il tribunale dei centumviri non sarebbe egli stato per avventura instituito, onde giudicare dei diritti pubblicamente guarentiti? Se ciò fosse, la protezione promessa direttamente dal popolo, o dai suoi rappresentanti, sarebbe stata mantenuta a mezzo d'una deputazione del popolo. Tutte le cause che Cicerone, nel noto passo *De oratore*, I, c. 38, assegna alla giurisdizione di codesto tribunale spettano alla classe dei diritti guarentiti; i *jura gentilitatum*, *agnationum* sono fondati sulla unione politica della *gens* e sul matrimonio originario, cioè conchiuso per la *confarreatio*, la *coemptio*, l'*usus*; i *jura testamentorum* e *tutelarum* sono fondati sulla *lex* e sul testamento pubblico; i *jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum*, e simili, vengono costituiti colla *mancipatio* e la *in jure cessio*; intorno alla *usucapio* veggasi a pag. 172. Fu di già notato per altri, che lo Stato nel tribunale dei centumviri appare in una relazione più intima coll'individuo, di quello che non accada nel *judex privatus*: se ne volle però vedere il motivo nell'interesse proprio che lo Stato fa valere in sì fatte controversie (Puchta, *Corso delle Instituzioni*, v. 2, § 123). Ma a tale spiegazione contraddice lo scopo dell'amministrazione della giustizia; dove che, accettandosi il mio supposto, riesce naturalissimo che il popolo istesso assumesse la protezione giudiziaria di questi affari, stati messi espressamente sotto della sua guarentigia, e non li rimettesse, come gli altri, al *judex privatus*, almeno nol facesse invito il creditore. Giusta la mia maniera di comprendere il diritto antichissimo adesso soltanto mi si è offerta l'occasione di nominare il tribunale dei centumviri; ciò che faccio osservare, onde giustificarmi se non l'ho accennato ragionando dell' origine dell'officio del giudice.

Ma appunto in questo caso si rivela una singolarità (che prova quanto profonde radici avesse il principio soggettivo nell'intelletto giuridico romano) come a dire, che anche allora si riconosceva un diritto, bensì di un' importanza pratica assai tenue, e non protetto da un' aziono, ma che tuttavia non cessava d' essere un diritto.

Conchiudendosi un matrimonio senza la solennità della *confarreatio* o della *coemptio*, non si otteneva la *potestas* romana nè sulla moglie, nè sui figli; ma, giusta l' intendimento legale di natura (*naturalis ratio*), questo era puro un matrimonio. Chi si era fatta cedere, senza la solennità della mancipazione, una cosa, in cui la mancipazione si soleva praticare, non ne conseguiva la proprietà romana, nè il diritto di rivendicarla, ma però ne lo si risguardava per proprietario giusta l'intendimento naturale. Laonde, in quanto diritto ed azione avevansi per sinonimi, in questi, ed in altrettali casi si conveniva negare l' esistenza d' ogni diritto, e reputare lo stato di cose che ne seguiva siccome un semplice esercizio materiale d'un diritto; ma in quanto sì fatto rapporto lo si avvisava invece coll'occhio del principio soggettivo, forza era che si dicesse: v' ha qui, giusta la *naturalis ratio*, un rapporto giuridico, cui non manca che il riconoscimento dello Stato.

Ma si potrebbe per avventura muovermi l'istanza, che il rapporto giuridico da me affermato si riduce a questo, che colui, il quale oggettivamente non acquistò diritto di sorta, a motivo di aver trascurato le forme necessarie, s' immagina tuttavia di possedere un diritto. Ma appunto sì fatta obbiezione dimostra quanto l'antico comprendimento romano si discostasse dal nostro. Per noi, che nello Stato vediamo la fonte del diritto, non esiste in tal caso che l'immaginazione soggettiva d'un diritto; ma agli occhi dei romani, che nella volontà soggettiva ravvisavano l'ultimo fondamento del diritto, il concetto di questo si diversificava da quello della protezione dello Stato. In quella guisa che sussistevano dei diritti prima che lo Stato li proteggesse, del pari ve n'ebbero di quelli non protetti, ancora dopo che la protezione dello Stato divenne la regola. Lo Stato dà e toglie l' azione, non il diritto proprio (1). Il giudice, negando il diritto che

(1) Cicerone, *pro Caecina*, c. 26, e c. 33. *Nam ut perveniat ad me*

viene accampato, non fa realmente che pronunciare l' insussistenza dell'azione, non quella del diritto proprio. Del pari anche l'ufficio del pretore non concerne che l'azione; egli accorda o nega le azioni, senza che per questo egli intacchi menomamente il diritto; e, quantunque egli ricusi a chi ha la ragione ogni mezzo giuridico per farla valere, egli tuttavia non può abolire e distruggere il diritto medesimo. Si fatta veduta traspare eziandio in tutta quanta l'amministrazione della giustizia dei tempi posteriori.

Qual era impertanto l'efficienza d' un diritto non riconosciuto dallo Stato, ma sussistente giusta l'intendimento naturale? Ella consisteva, in parte, nell'efficacia di questo medesimo intendimento, come a dire nel riconoscere col fatto, sotto l'influenza di sì fatto modo di vedere, un tale diritto, in parte nella privata difesa non solenne, onde si poteva tutelarlo in alcuni casi, cioè per conservarne il possesso (1); da ultimo, per alcuni diritti, ella consisteva nell' instituto dell' usucapione, che li trasmutava in diritti riconosciuti dalla legge. L' usucapione è per si fatti diritti il ponte di passaggio dal principio soggettivo nella ragione protetta dallo Stato; ella imprime al diritto, sussistente dal punto di veduta del principio soggettivo, il carattere di una ragione pubblicamente riconosciuta. Nell'essersi un tale diritto conservato incolume sì lungamente si ravvisa il suo riconoscimento pubblico non solenne. Tale riconoscimento tacito, racchiuso nell'usucapione, sta col riconoscimento espresso, che importa la mancipazione, nell'eguale rapporto che sta l'accoglienza tacita dei precetti giuridici per l'*usus* la *consuetudine*, colla loro introduzione espressa a mezzo della *lex*. L'usucapione non è altrimenti una conseguenza del principio soggettivo, ma è porzione del sistema della guarentigia dello Stato; quindi essa, come ogni altra forma, con cui viene espressamente impartita la

fundus, testamento alicujus fieri potest; ut retineam quod meum factum est, sine jure civili non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed recta auctoritas horum rerum omnium a jure civili sumitur. — Primum illud concedis non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere, ecc.

(1) Applicata all'*obligatio naturalis*, tale difesa consisteva nella *soluti retentio*, che opponevasi alla *condictio indebiti*.

guarentigia dello Stato, non s'applica nè a chi non è romano, nè ai fondi provinciali.

Lo sviluppo posteriore dei diritti soggettivi cade in epoca troppo tarda, perchè noi ce ne intratteniamo adesso; ci basti adunque di avere additato in essi l'originaria sussistenza del principio soggettivo, l'indipendenza del diritto privato dallo Stato. Il germo di quel dualismo ch' essi rappresentano, in comparazione dei diritti riconosciuti dallo Stato, risale ben addentro nel tempo antico, per avventura molto in là di Roma; egli incominciò a formarsi col primo affare che fu messo sotto la proteziono della comunanza. La primiera sua forma fu quella dell'antitesi tra gli atti di diritto guarentiti specificatamente dal popolo, e tutti gli altri atti producenti un diritto: la seconda fu quella dell'antitesi fra tutti quanti i diritti riconosciuti e non riconosciuti dallo Stato, inducenti e non inducenti l'azione; onde i primi si suddividevano ancora in diritti riconosciuti in concreto, ed in astratto; quelli venivano fondamentati sovra dell'approvazione che il popolo aveva dato mediatamente od immediatamente ad un singolo affare, questi sovra d'una massima legale generica, che li riconosceva in astratto.

Si fatta alterazione posteriore di quell'antitesi originaria spiega, per avventura, il perchè i giuristi romani abbiano posto si poca attenzione a quel riconoscimento concreto degli affari legali dal canto del popolo, riconoscimento ch' ebbe pure una significanza stragrande per l'universo sviluppo dell'idea del diritto. A ciò si conviene aggiungere, che tal contrapposto non si palesava direttamente che nell'antico *testamentum in comitiis calatis* e nell'*arrogatio;* e che invece nella mancipazione, nell'usucapione e simili, fa mestieri di rinvergarlo per induzione. Gli affari civili guarentiti li rinveniamo nel sistema delle azioni schierati, a così dire, in file compatte, quando invece, prima, essi furono i precursori, che aprirono la via all' idea della protezione dello Stato. Poichè essi compirono l'ufficio loro, poichè essi condussero, per la via più naturale, il diritto privato, dal punto di veduta del principio soggettivo, allo Stato, il loro fine era raggiunto, il loro verace significato svanito, e quindi si poteva dimenticarli. Ma la lingua, questa custode fedele di tante altre reminiscenze, non ci ha ella conservato vestigio alcuno di quel dualismo, cho nell'età più antica sussistette sul campo del di-

ritto? Forse le espressioni *jus Quiritium*, onde il senso è tanto controverso, sono esse medesime tale vestigio. Non si può credere che tali voci fossero una aggiunta vana messa alla formola della vindicatoria (1), mentre ciò ripugnerebbe all' usanza dei romani, alla loro accuratezza, tanto conosciuta, nel dettare le formole delle azioni. Non può essere nemmeno che tali voci significassero solo, che questa azione doveva giudicarsi giusta il rigore del diritto romano, poichè come si sarebbero intralasciate nelle altre azioni dello stretto *jus civile* romano? Conviene adunque ch'elle avessero un senso più specifico, che esprimessero *una gradazione più alta* del diritto romano; e questa noi l' abbiamo rinvenuta nei diritti guarentiti dal popolo. Nella formola del testamento *per la mancipazione* i Quiriti vengono chiamati espressamente come *testes*; nella mancipazione ordinaria si fa cenno del *jus dei Quiriti* (2). Se le ragioni in tal guisa acquistate si esercitavano colla vindicatoria *ex jure Quiritium* (3), e presso al tribunale dei Centumviri, naturalmente viene in pensiero, che queste espressioni additassero la forma speciale, donde sì fatte ragioni tenevano l'origine. Laonde un diritto *ex jure Quiritium* verrebbe a dire, una ragione posta sotto la protezione della comunanza, contraddistinta, nel sistema della difesa privata, dal divieto e dalla inutilità della resistenza, e protetta nel sistema delle azioni, dal tribunale dei Centumviri, la cui autorità rappresentava il popolo (4). Ma, comunque si pensi di questa congettura circa il senso di quelle espressioni, ciò è indifferente per la conchiusione, a cui il nostro argomentare ci ha condotti.

(1) Gajo IV, § 16.

(2) Gajo I, § 119.

(3) Non è possibile di scoprire, se una tale aggiunta intervenisse anticamente in qualunque *rivendicazione*, e se più tardi, quando ella perdette la sua importanza, la si abbia ritenuta in alcune, e trasandata in altre.

(4) Invocare l'appoggio del popolo dicevasi *Quiritare*. Varrone. *De ling. lat.*, VI, 68. *Quiritare dicitur is, qui Quiritium fidem clamans implorat.* La si appellava *fides Quiritium*, intanto che, stando il diritto sotto la protezione dei *Quiriti*, la loro *fides* richiedeva che essi accordassero l'implorato soccorso. Indi l'uso continuo di *fides:* se ne veggano gli esempi nel Brissonio *De voc. ad formul.*, lib. 8, c, 21.

Non ci rimane ora che di fare, in certo modo, prova delle idee svolte sin qui con un subbietto, cioè colla realità. Ma se questa ha, per un lato, attinenza col principio soggettivo, cioè in quanto l'elezione del re veste la natura di un contratto tra il popolo ed il re, ella d'altra parte se ne dilunga, creando il rapporto di superiorità e di subordinazione, e quindi ci riserviamo di trattarne nell'occorrenza che diremo dell' ordinamento militare (capo 11).

Prima che lasciamo questo subbietto, ci si permettano ancora alcune avvertenze sul valore delle conchiusioni a cui siam pervenuti. Hanno esse una reale sussistenza, o non sono elle che mere ipotesi? Non niego di avere fabbricato coll'ajuto delle ipotesi; ma chi vuole difendermelo, mi contrasti innanzi tratto il diritto di cavare delle induzioni dai fatti, ed impugni con successo la massima, che, uno essendo il comprendimento giuridico di qualunque epoca dell' istoria, non può essere ch'egli inchiuda delle contraddizioni. Torna per verità assai comodo di far che l' istoria cominci con un gran fondo di idee, di indurre anticipatamente nella formazione dello Stato e del diritto le idee nostre d'oggidì, di tradurre le voci ***res publica, lex***, ***poena***, ***judex***, in quelle di ***Stato, legge***, ***pena***, ***giudice*** e ***simili*:** così operando si si toglie d' impaccio d'un tratto. Ma ciò facendo non si introduce egli più materia dal di fuori, di quello ch' io non abbia fatto colle induzioni mie? Il pensiero che m' ha scorto fu questo: non conviene starsi paghi delle forme esteriori della vita politica e giuridica, poi che esse possono diversificarsi moltissimo, con tutto che si rassomiglino nelle sembianze esteriori; ma si debbe bensì indagarne l'intima natura, come a dire le idee che ne sono le fondamenta.

Ora il diritto romano dei tempi posteriori ha conservato qualche traccia, su cui si può eseguire questa operazione, se non altro per alcuni punti. Ma se tali traccie palesano un certo comprendimento giuridico e politico, le condizioni reali non potevano contraddirvi; e quindi noi abbiamo ragione di svolgere i loro supposti e le loro conseguenze necessarie, e di foggiarci colla mente tutto il mondo giuridico sul disegno di un comprendimento sì fatto. Noi non facemmo più che tanto. Noi ci foggiamo lo Stato dal punto di veduta del principio soggettivo, dall' idea dell' impero del diritto privato.

Il peso delle ragioni speciali esterne, che ci hanno indotto ad abbracciare questo punto di veduta, viene accresciuto, tanto da analogie storiche somigliantissime (1), quanto dalla natura della cosa. Il rappresentare lo Stato, a guisa di un ente diverso dalle persone naturali e superiore ad esse, è tutt'altro che un'idea innata dell'uomo, e non fu che dopo d'un lungo esistere ed operare dell'autorità pubblica che sì fatto concetto fu instillato nella sua mente. Nell' infanzia dei popoli non si ravvisa nello Stato che il diritto e la podestà d'una persona determinata (*Stato patrimoniale*) o di tutti gli individui che gli appartengono (*repubblica*), e l'esercizio dell' autorità è nell' origine inspirato di questa idea.

Se però noi avemmo l' incitamento di procacciare di supporre allo Stato antichissimo un comprendimento giuridico d' indole privata, io non penso che v'abbia motivo di dolersi d' un tentamento sì fatto. Egli ci ha dimostrato più che la semplice *possibilità pratica* di uno Stato sorretto dalle sole idee del diritto privato, ci ha condizionato altresì a penetrare collo sguardo nel più intimo dell'istoria del diritto e dello Stato romano, e ci ha fatto avvisare le radici latenti di alcuni instituti. Di questi io ricordo principalmente la identità originaria della *lex publica* e della *lex privata*, del *diritto in senso oggettivo* e *soggettivo*, della *vindicta publica* e della *privata*, poscia, e precipuamente, l' *altissima importanza del contratto*. Il contratto è il mezzo per cui il diritto esce dallo stato suo originario di sussistenza concreta e pratica, ed assume solide forme. A mezzo del contratto di tutti sopravviene, colla legge, una alterazione ed un propagamento del diritto per rispetto alla *consuetudine*, la quale è appunto una specie di sussistenza concreta del diritto. La *vindicta privata* e la *publica* giungono, per mezzo del contratto, alla pena, e quinci a creare le azioni penali private, e l'amministrazione pubblica della giustizia punitrice. Dalla difesa privata si sviluppano, per mezzo del contratto, le decisioni arbitramentali, la magistratura ed il processo civile.

(1) * La *feida* o *faida* delle leggi longobarde non era che una forma della privata difesa. Lo Stato feudale era un edificio costrutto coi materiali del diritto privato; le antiche giurisdizioni patrimoniali si fondavano sull'opinione, che l' ufficio del giudice fosse una funzione privata.

Il contratto è il mezzano che ravvicina primamente lo Stato ed il diritto privato; dalla guarentigia contrattuale dei diritti esce l'idea della guarentigia del diritto per lo Stato, e quella della subordinazione del diritto privato alla volontà legislativa dello Stato. Anche l'elezione dei re e dei magistrati è un contratto; sul contratto si appoggia tutto quanto il diritto internazionale, come procacceremo di provarlo nel capo che seguita. Quindi il nascimento della legislazione, della giustizia punitrice, del processo civile, della magistratura è connesso al contratto; e così parimenti l'idea del contratto è qualità intima della comunanza politica; tutto il diritto internazionale si risolve in contratti. L'antichissimo diritto romano pare quindi un edificio reale, fatto sul disegno dello Stato immaginato nel diritto di natura; e però sì fatta veduta avrebbe trovato buonissima accoglienza nel secolo scorso, quando il diritto naturale era in grido; ma adesso invece, a cagione appunto di questa sua coincidenza colla tooria del diritto naturale, ella rischierà di parteciparne il discredito. Ma sì fatta corrispondenza non è accidentale. Il punto di veduta del contratto è l'infimo, a cui può avere la mira, così lo Stato, come l'indagine scientifica sul medesimo; non è adunque da maravigliare, se in lui convengono il diritto naturale ed il diritto romano più antico. Però, in quell'istessa guisa che lo Stato romano, in progresso di tempo, oltrepassò praticamente questo punto di veduta, così egli venne sorpassato del pari dall'odierna teoria dello Stato; ma, sebbene noi abbiamo adesso dello Stato un concetto più alto, non ci conviene per questo disconoscere la legittimità relativa del punto di veduta anteriore, e trasferire allo Stato di tutti i tempi l'idea nostra dello Stato già virile, poichè in ciò fare imiteremmo la parzialità, di cui peccò la dottrina del diritto naturale, quando volle applicare allo Stato in generale il suo concetto, che conveniva soltanto all' infanzia dello Stato. Che se quella teoria trascorse nell'errore di abbassare lo Stato con ridurlo in piano, per contrario noi corriamo pericolo di trasandare, guardando nell'istoria dall'altezza dell'idea odierna, i piani e gli abbassamenti reali dello Stato; e perciò siamo disposti a deludere la domanda circa l'origine dello Stato e del diritto, ed a risguardarli entrambi siccome instituzioni compiute collocate da Dio, per via soprannaturale, nel mondo, più presto

che di riconoscere l'origine loro prosastica dall' uomo. Sì fatta lezione di prosa un po' acerba non sarà certo per far danno al romanticismo delle opinioni storiche attuali. E si acquista una conoscenza ben più conveniente alla divinità, che si esplora nell'istoria, imparando a distinguerla nell'opere dell'uomo, e dimostrando che ella seppe, a mezzo dell' azione libera dell' uomo, trarre, per la via più naturale ed intelligibile, il sommo dall'imo, di quello sia facendola intervenire nel mondo coi miracoli.

CAPO X.

Condizione dell'individuo fuori della comunanza. — Negazione assoluta del diritto, stato di guerra. — Legittimità relativa di codesto Stato. — Mitigazioni sue. — Influenza del commercio. — L'*hospitium*. — Origine del diritto internazionale dal contratto. — La clientela, il *precarium* ed il *peculium*.

Abbiamo di già avvertito altrove (pag. 81) che il diritto romano non si innalzò mai tanto, da risguardare praticamente l'uomo siccome un subbietto di diritto. La capacità giuridica viene da lui ristretta al cittadino romano, ed ai membri di quelli Stati con cui Roma si convenne. Nel mentre che i giuristi classici riconoscono che l'uomo, giusta il *jus naturale* teorico, nasce libero, insegnano però come diritto pratico la massima (1) *si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenerit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.* Laonde lo stato di guerra valeva nel loro tempo ancora quale rapporto internazionale naturalmente sottinteso, e la pace, *pax*, non era che il frutto del *pacisci*. Ma tale condizione di guerra ritorna nel privare affatto dei diritti tutti gli individui appartenenti ad uno Stato, con cui non si è convenuto.

(1) L. 5, § 2, *D. de capt.*

Tuttavia codesto principio, che in sì tarda età ci viene attestato espressamente, si palesa siccome una conseguenza tanto necessaria di tutto quanto il diritto dei più antichi tempi, che noi avremmo potuto indovinarla con certezza, quand'anche delle testimonianze positive non l'avverassero. Il riconoscimento della civile capacità dei forastieri suppone la nettissima separazione del diritto privato dal pubblico, l'esistenza indipendente d'ambedue. Ma noi abbiamo osservato, che entrambi questi lati del diritto erano in origine congiunti insieme, e che inoltre l'idea della protezione, che lo Stato prestava, era connessa colla convenzione con essolui conchiusa. Come avrebbe potuto il forestiero chiedere la protezione del popolo romano o dei magistrati, se ai cittadini medesimi si conveniva di stipularsela innanzi tratto espressamente? Come poteva egli invocare le leggi romane, le quali non erano che un accordo dei cittadini romani tra di sè, come partecipare nelle instituzioni ch'essi avevano introdotte per sè?

In Roma non v'ha diritto, come non v'ha Stato, che pei Romani, od, a parlare più chiaramente, il diritto è circoscritto alla colleganza dei *gentili*. Nell'origine *gentilità e piena capacità civile*, *mancanza della gentilità e totale incapacità civile*, sono sinonimi; dapprincipio la capacità non ha gradi. Non è *ingenuus* che colui che fa parte della *gens;* chi non v'appartiene, l'*ex-gens* è un tapino privo di qualunque diritto: *extrarius est, qui extra focum sacramentum jusque sit* (1); egli è affatto alieno anche per rispetto della religione, da poi che questa pure è un'instituzione dello Stato. Egli è un giuoco singolarissimo del caso che *egens* esprima appunto la condizione dell'*exgens*. Qualora poi fosse vero che i romani derivassero effettualmente *egens* da *gens*, allora l'etimologia verrebbe a confermare il nostro argomento (2).

(1) Festo *sub voc. extrarium.*

(2) Festo alla voce *egens: velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua.* Sì fatta derivazione sembra probabile, in quanto che ne abbiamo degli esempi; verbigrazia, in *iners* (da *ars*) *de-mens* e simili; e se non esistesse il verbo *egeo* non si potrebbe nemmeno rinvergarne un'altra. Si può anche ammettere che convenissero in una voce sola ed *exgens* da *gens* ed *egens* da *egeo:* e non sarebbe la prima volta che ciò accade.

Di lui la lingua ha guardato un vestigio nella voce *hostis*, che in origine significa l'*ospite*, lo straniero ed il *nemico* (1). Cotale doppia significanza di quella voce addita benissimo quanto fosse indecisa la sorte dello *straniero*, il quale doveva aspettarsi tanto l'accoglimento d'un ospite, come quello d'un nemico.

Da sì fatta privazione d'ogni diritto dipende l'orrore che inspirava l'esiglio dell'antichità. L'esiglio dei nostri giorni non è che un'ombra dell'antico, egli non è che un cangiamento di domicilio, la perdita della patria. Codesta pena non toglie i beni della vita, ma soltanto impedisce di goderli in un luogo determinato; la personalità dell'esule è rispettata dovunque, dovunque protette le sue ragioni. Ma l'esiglio dell'antichità era ben altro. Lo straniero non ha diritti; quindi chi viene discacciato dalla comunanza de'soci o chi fugge per un delitto, sa che lo attende una sorte eguale (per dir così) a quella d'una fiera, che va raminga, ed a cui si dà la caccia dovunque la si ritrova. L'esigliato abbandona tutto che gli sta a cuore, la casa, i soci, i diritti ed il culto comune degli iddii; a lui non avanza che il sentimento d'una miseria inenarrabile, l'aspettativa d'una vita esposta al caso, ai persecutori, alle privazioni, e serva, ovvero una libertà compra a prezzo d'ogni sorta d'umiliazioni e dipendente dal capriccio del suo protettore. Se viene assalito o perseguitato non ha alcun socio al suo fianco; soccombendo alle ostilità non ha amici che lo vendichino.

Tale è la forma originaria dell'esiglio antico. Egli non inchiude, come seguì più tardi, una semplice *capitis deminutio magna*, la perdita della cittadinanza; ma la morte civile. Laonde, anche nei tempi posteriori, quando le maggiori asprezze dell'esiglio si erano mitigate, egli parve una pena sì grave, che all'accusato di un grave delitto era, fino alla sentenza, lasciata facoltà di arrestare l'inquisizione coll'esiglio volontario.

(1) *Hostis* è la voce gota *gasts* ed il *gast* dell'alto tedesco medio. Entrambe queste due voci hanno il suddetto doppio significato. Veggasi Pott, l. c., v. 1, p. 143, intorno alla somiglianza del *g* e dell'*h*, come pure sulla probabile derivazione del sanscritto *ghas*, mangiare, pag. 279. Laonde il significato originario di quelle voci sarebbe: *colui che s'ha trattato*. *Hostire* (uccidere) ed *hostia* (vittima) sonosi veramente dilungati molto da quel significato.

Sì fatto modo di divisare il diritto (per cui nell'origine egli si confondeva in tutto collo Stato, e respingeva da sè ogni straniero) a prima giunta sembra che dovesse riescire pregiudicevole allo sviluppo storico del diritto: ma invece, considerando ben bene la cosa, si ravvisa che un tale sistema protesse i primi passi dello Stato e del diritto, e che, facendo del primo una condizione indispensabile del secondo, ne promosse grandemente l'avanzamento.

Io ravviso in questo sistema uno dei mezzi più efficaci che si sieno mai adoperati nell'istoria, per creare e mantenere gli Stati. E per verità, fondamentandosi così nello Stato tutta quanta l'esistenza morale dell'individuo, il primo compare siccome il porto del diritto e della pace in mezzo alle procelle che minaccia la licenza altrui a chi non ha diritti: con ciò gli individui vengono fatti entrare nello Stato, e congiunti al medesimo con fortissimi vincoli. Egli è tutto per essi; se lo abbandonano rimangono disertati; la sua caduta trae con sè la loro rovina. All' uscire dello Stato ed alla sua caduta va congiunta la verosimiglianza di perdere la personalità e le private fortune; e quindi il sentimento della propria conservazione agisce in doppia guisa siccome uno dei mezzi più efficaci per conservare lo Stato: cioè, primamente mantenendo nello Stato quelle forze che vi esistono, e secondamente, comunicando loro il vigore massimo di resistenza contro i pericoli esterni che minacciano lo Stato. È infatti, sotto il primo rispetto, importantissimo per uno Stato nascente, di non soffrire una diminuzione del numero proporzionatamente piccolo della popolazione con cui incomincia, mentre ad uno Stato adulto può tornar vantaggioso di alleggerirsi dei cittadini che sovrabbondano colle colonie, colle emigrazioni, e simili. Il primo ha mestieri di solide chiuse, il secondo d'un emissario; quello è per tale riguardo in condizione di gran lunga peggiore del secondo. Mentre questi rinviene un popolo nutrito e cresciuto nella disciplina della legge e dell'ordine, che lo tiene unito tra sè ed allo Stato, il primo deve inaugurare sì fatta scuola, senza che gli sia consentito di mettere alle attrattive del vagabondare, ed ai tentamenti di sortire dalla comunanza, altro ritegno fuori di quello del diritto ch'egli concede e difende. Come mai il diritto avrebbe potuto essere sufficiente a quest' ufficio, se le preroga-

tive da lui conferite non fossero state tenute a quei tempi in pregio incommensurabilmente maggiore che non in oggi, e se subito allora si avesse attinto l' alta idea di riconoscere la soggettività giuridica dell'uomo proprio? Colui che oggigiorno s'è risolto di abbandonare lo Stato cui appartiene non può fare che se ne trattenga per rispetto del proprio diritto, da poi che, dovunque egli vada, havvi il diritto, ed egli seco reca la sua capacità giuridica; anzi può essere che s'avvantaggi del cambiamento. Ma chi, per contrario, nell'epoca di che parliamo, scioglievasi dallo Stato cui aveva appartenuto, si lasciava addietro il proprio diritto, nè rinveniva in un' altra comunanza politica le condizioni per ricuperarlo. Quindi il sentimento della propria conservazione lo legava allo Stato; il quale impertanto possedeva nel diritto una virtù attrattrice a noi ignota; e perciò il diritto, la libertà, la sostanza e simili, come pure lo Stato medesimo che li proteggeva, acquistavano, per quella singolare incapacità dei forastieri, un pregio fuor di misura. A motivo che una tale singolarità scomparve dal mondo moderno, anche il pregio del diritto si è scemato d'assai; il diritto, da un oggetto di proprietà privata ed esclusiva d'un popolo ch'era prima, è divenuto, per così esprimerci, una *res communis omnium* al pari dell'aria e dell'acqua, una cosa, a cui compartecipa ogni uomo, così il paesano come lo straniero, e che, trovandosi da per tutto, è meno del dovere apprezzata.

Questo è adunque uno dei due effetti che scaturiscono dal comprendimento giuridico onde noi ci occupiamo; egli conserva nello Stato le forze esistenti. L'altro effetto lo riscontrammo nella energia massima, che per ciò si instillava nelle forze istesse vòlte a proteggere lo Stato. Quando interviene un assalto, sia contro d'uno Stato che contro degli individui, la tensione delle forze di resistenza è proporzionata al pregio, ovvero sia all'apprezzamento soggettivo dei beni minacciati. Ora fra questi beni doveva annoverarsi, nell'epoca di che stiamo discorrendo, l'universa esistenza privata di tutti i membri dello Stato. La sconfitta era per essi equivalente alla perdita della vita, ovvero della libertà, dell'onore, della famiglia e delle sostanze. Quindi l'esistenza loro propria dipendeva da quella dello Stato; viene anche qui in acconcio il postulato del capo antecedente: *essi medesimi sono lo*

Stato (1). Laonde quella relazione che corre tra gli individui e lo Stato, per cui il sentimento della conservazione propria concorre onninamente alla conservazione dello Stato, appare siccome il mezzo con che l'istoria guarentisce la vita dello Stato giovane, e con cui l'obbliga a combattere per la sua esistenza cogli estremi sforzi della disperazione. A mezzo degli stimoli molteplici ed intensi, che sorgono in sì fatta epoca, l'istoria promove rapidamente lo sviluppo compiuto delle forze latenti. Lo Stato odierno non possede una virtù sì energica di resistenza. L'attuale separazione dello Stato dall'individuo si appalesa anche nella guerra; lo Stato guerreggia lo Stato, e, per quanti beni abbiano pur gli individui connessi ed assicurati sovra dello Stato (come a modo di dire l'indipendenza e l'onor nazionale, l'interesse religioso e simili), pure la sua caduta non involgerebbe quella della esistenza meramente privata, della libertà, della famiglia, delle sostanze: e però il sentimento volgare della propria conservazione, noncurante di quei beni più alti, è meno interessato a sostenerlo (2).

Lo sviluppo ulteriore del diritto romano viene a collegarsi, per molteplici guise, colla originaria incapacità giuridica dello straniero esposta or ora. A lei cioè si collega primieramente il diritto sulle cose, accompagnato da quella ragione alla preda, che noi contrassegnammo (cap. 5) siccome la radice della proprietà romana. La proprietà romana sorge dall'uso della forza romana verso lo straniero ch'è privo del diritto. Ma se da un lato ella si fonda sulla guerra, e ne somministra la ragione,

(1) Quindi la guerra veniva intimata non solamente al *populus*, ma eziandio agli individui (*hominibus*). Gellio, 16, 4.

(2) Lo stato moderno rinvenne un mezzo assai proprio a collegare l'interesse privato colla conservazion sua, i debiti pubblici. Per questa via egli influisce sulla sorte delle fortune dei particolari, in modo però diverso, e meno efficace che non facesse lo Stato dei tempi antichi. Ma d'altra parte l'efficacia di sì fatto espediente si estende al di là del territorio dello Stato; un imprestito all'estero è un'àncora che lo Stato vi getta, la quale talvolta procaccia un'alleanza più sicura che non una lega stipulata col governo. L'interesse materiale dell'estero, che, con questo e con altri mezzi, viene fatto dipendere dall'esistenza di uno Stato, è un'arra più sicura d'alleanze, che non le simpatie nazionali; ed uno dei più eloquenti apostoli della pace.

ella inchiude dall'altro i germi del commercio pacifico. La permuta degli oggetti della proprietà ravvicina i popoli isolati o nimici, e dopo il soldato, che recò la guerra, sopravviene il commerciante, che va cercando la pace. Il commercio è quella forza viva che promove non solo lo sviluppo del diritto privato, ma sì eziandio il raffinamento del diritto internazionale. Il diritto limitato ai fondi è di gravissimo inciampo al commercio, ch'è in continuo moto e sì espansivo; e, come egli si studia di abbattere gli ostacoli naturali che impediscono le comunicazioni, così procaccia ancora di levare di mezzo quelli che gli vengono apposti da un comprendimento giuridico limitato. E lui che, in opposizione alla esclusività del comprendimento nazionale romano, promosse in quel diritto la creazione e lo sviluppo dell'elemento cosmopolitico. Un negoziante intermedio fu il primo propagnatore della cultura; colla permuta delle cose materiali egli introdusse anche quella delle spirituali (1), ed aprì le vie alla pace. Si fatte vie si appianano e si ampliano in proporzione che aumenta e si estende il commercio; di guisa che, elle vengono propagate da ultimo alla maggior parte del mondo conosciuto. Ciò che fece il cristianesimo pel mondo moderno lo fece il commercio per l'antico.

Qual mezzo ha egli scelto per raggiungere l'intento? La forma più ristretta, di che si serviva era l'*hospitium* (2), tanto lontano dall'odierna nostra ospitalità, quanto, per l'istessa causa, l'esiglio dell'antichità si diversificava dal nostro bando attuale. Lo scopo dell'*hospitium* non è tanto l'ospitale accoglienza (benchè ella pure vi sia compresa) quanto la guarentigia vicendevole del presidio del diritto; l'ospite rimove dall'*hostis* i danni nascenti dall'essere egli incapace ed indifeso, mettendone i diritti sotto la sua protezione, e sostenendoli, come i suoi propri, dinanzi ai tri-

(1) Non posso a meno di avvertire come ciò venga indicato anche dalla lingua latina. Il suo *interpres* non è in origine che un commerciante intermediario. Quella voce deriva da *inter* e *pretium*, e quindi significa colui che trasferisce il prezzo. Codesto commerciante intermediario fu il primo interprete e mediatore; più tardi il sentimento della parola venne ristretto a questa proprietà come a quella che eccitava peculiarmente l'attenzione.

(2) Da *hostem petere*, invitare lo straniero.

bunali. Il diritto non offriva difesa contro gli inganni e la perfidia dell'ospite (l'*hostis* era fuori della legge), ma ne prestavano una ancora maggiore la religione ed il costume. Appunto perchè l'*hostis* era indifeso, e dimostrava dal suo canto la massima fiducia l'abuso dell'ospitalità riguardavasi nel tempo antico per il delitto il più obbrobrioso ed infamatorio. Ad un negoziante solerte poteva riuscire di procacciarsi degli ospiti da per tutto; ma questa ospitalità privata non bastava per un commercio esteso, e però di sovente avveniva che due Stati si accordassero di stabilire fra di loro sì fatto rapporto (*hospitium publice datum*). A mezzo di queste convenzioni pubbliche, con cui si accordò ai membri d'un altro Stato la protezione immediata verso dei cittadini propri, a vece della mediata che veniva indotta dall' *hospitium*, fu avanzato il commercio internazionale. Il modo, con cui sì fatta protezione impartivasi, era certamente vario e mutabile; nella maggiore sua ampiezza ella inchiudeva la concessione del *commercium* romano, per cui si faceva partecipare lo straniero alle leggi romane sulle cose, e perciò gli si concedeva di invocare la protezione che lo Stato dava al diritto. Con questo il diritto romano s'innalza di già all'altezza del nostro comprendimento giuridico attuale, per cui noi trattiamo il forastiero colle nostre leggi; colla sola diversità, a dir vero assai rilevante, che in Roma ciò era effetto di un privilegio specialmente concesso, ovvero di un patto pubblico; mentre presso di noi ciò dipende dall'applicazione di un principio generale, ed è frutto d'un comprendimento giuridico superiore.

Ma il conferimento del *commercium* non era presso dei romani il modo, con che di regola si procacciava la comunicazione internazionale del diritto. Sullo scorcio del quinto secolo di Roma vi rinveniamo un apposito tribunale per le contestazioni dei peregrini e dei romani, quello del *praetor peregrinus*; e dai trattati conchiusi prima, colla cooperazione della teoria e della pratica, si svolge un diritto universale internazionale, *jus gentium*, di che ci occuperemo nel terzo sistema, dove chiaramente si palesa l'influenza ch'egli esercitò sopra del diritto romano. Se non che, l'introduzione di quella magistratura fu preceduta da altre forme, onde solo d'alcune giunsero sino a noi delle scarse notizie, verbigrazia, della *clarigatio* che si eseguiva dai feciali, e del tribunale, ora fisso, ora instituito all'occorrenza, dei *recupe-*

ratores (1). Per quanto sarebbe per tornare interessante di seguire, a parte a parte, il formarsi graduale dei rapporti giuridici internazionali, ci è pur forza d'accontentarci del punto di veduta generale, che sì fatti rapporti non furono che il frutto di trattati particolari conchiusi tra i singoli Stati, i quali ne determinarono la qualità e l'estensione. Laonde il diritto internazionale si risolve nelle ragioni che due popoli si aveano accordato reciprocamente pel loro commercio, e quindi è un corpo di norme convenzionali, di una condizione per questo popolo, d'un' altra per quello. Il contratto, onde, rispetto a tante instituzioni, avvisammo la virtù creatrice nell' interno dello Stato, manifesta anche qui una pari efficienza. In quella guisa che nell'interno egli è scala di passaggio dalla difesa privata e pubblica alla giurisdizione civile e criminale, anche qui è mezzo di transizione dal piede originario di guerra al commercio internazionale. A noi che guardiamo tutto colle idee attuali pare una necessità che il forastiero possa pretendere l'appoggio del nostro Stato, e che s' intenda perciò da sè che il diritto dominante su tutti i paesi colti valga così pel nazionale che per lo straniero, nè badiamo agli sforzi lenti e faticosi per cui si è giunti fino a codesto postulato. Ciò che a noi sembra oggigiorno connaturale al diritto, non è, per la massima parte, una preccognizione insita nell'uomo, e non passò nella vita reale per mezzo della convinzione dell'idea di giustizia; ma è bensì opera dell'azione degli uomini, eccitata e diretta da ragioni materiali, dalle necessità della vita, dalla forza delle circostanze, da motivi di opportunità. Solo, dopo che queste forze compirono l'impresa difficilissima, intervenne l'idea della giustizia ad appropriarsi ed a pigliar protezione dell'opera, come di cosa sua.

———

Quella esclusiva dello Stato e del diritto verso il di fuori, onde per insino ad ora ci occupammo, conviene che si manifestasse anche in coloro che volevano pigliar stanza nel territorio dello Stato, senza entrare nel collegio dei *gentili*. La loro condizione

(1) Per questi instituti io rimetto il lettore al *Corso delle instituzioni di Puchta*, v. 1, § 85.

giuridica originaria era eguale in tutto a quella dell' *hostis*, e, come questi non potè da principio ottenere la protezione delle leggi che a mezzo dell'*hospitium*, così anche quelli non la conseguirono che mettendosi, come clienti, sotto il patronato d'un cittadino romano. Tale rapporto è somigliante affatto all'*hospitium* nel fondamento, nello scopo, nell'essenza; come l'*hospitium*, egli viene originato dall' incapacità giuridica d'una parte, cui si mira a supplire colla capacità dell'altra, e non ha che il costume che lo difenda. Il patronato non si diversifica dall'*hospitium* che per rispetto alla prestazione correspettiva; da poi che, consistendo ella nell'*hospitium*, nel ricambiare la protezione accordata; siccome il cliente non può prestarla, vi sottentra per lui l'obbligo ai servigi, ed, in tale riguardo, il rapporto della clientela è più dipendente. Sì fatta dipendenza viene anche annunciata dalle voci *patronus* e *cliens* (ligio) (1). La prima voce rappresenta sì fatto rapporto, come un' imitazione della patria podestà, e la lingua, riferendovisi, espresse benissimo l'entità sua. Il figlio, al pari del cliente, non ha diritti verso di colui che gli tien luogo di padre; entrambi sono interamente soggetti alla sua podestà.

Il costume e l'indole pia del vincolo soli difondono il cliente ed il figlio dall'abuso dell'autorità. Si allega uno statuto di Romolo, che metteva fuori della legge quel patrono che avesse ingannato il suo cliente, e, nell'ordine dei doveri conservatici da Gellio, quelli verso del cliente occupano un luogo distinto (2).

Se la somiglianza tra il patronato e la *patria potestas* non la si deduceva soltanto dalla condizione della persona del cliente, ma altresì da quella del suo patrimonio, egli si conviene applicare a quest'ultimo i principii che regolavano il peculio del figlio di famiglia. Ambedue possono avere di fatto una sostanza propria, ma il soggetto legale della medesima è colui che li tiene nella sua podestà, e che però li rappresenta tanto attivamente che passivamente verso dei terzi. La rappresentanza attiva giudiziale del cliente è appunto lo scopo della instituzione (3); ma

(1) Da *cluere*, κλύειν, appartenere.

(2) Gellio V, c. 13.... *patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere.... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.*

(3) Indi il sentimento di *patrocinatore* attribuito anche più tardi alla voce *patronus*.

al cospetto del diritto ella non figura come rappresentanza, ma siccome l'esercizio di una ragione propria del patrono. Nella rappresentanza passiva, conseguenza necessaria del *patronato*, il patrono non sarà per avventura stato obbligato (*a similitudine dei peculii e dell'azione nossale*) che, o fino all'importare della sostanza del suo cliente, ovvero alla consegna della sua persona (*noxae deditio*) giusta la varietà dei casi. Ma nel tempo istesso che, per condizionare il patrono a tale rappresentanza attiva e passiva, lo si risguarda giuridicamente qual proprietario della sostanza, e quindi se gliene acconsente la più illimitata disposizione, il costume impone altresì delle limitazioni al patrono, e l'obbliga di lasciare intatto al cliente quel grado di indipendenza di fatto, che gli spetta in forza della consuetudine o della convenzione, di non risguardare la sostanza del cliente come se, in effetto, fosse sua. Eranvi veramente dei casi di necessità, in cui il patrono poteva far contribuire il cliente (1); era altresì naturale che il cliente prestasse dei servigi per l'accordatagli protezione; ma la costumanza determinava il modo di tali prestazioni, e le convenzioni delle parti, che giuridicamente erano del tutto inefficaci, avevano il loro presidio nella costumanza. La morte del cliente proscioglieva il patrono dai suoi doveri, e quindi gli era libero d'appropriarsene le facoltà; solo quando esistevano dei figli l'onore domandava di non privarneli (2).

È facile di avvisare che il patrono ed i suoi eredi non dovevano avere difficoltà di seguitare a mantenere, colla discendenza del cliente o col cliente medesimo, un rapporto, per cui, in cambio d'un tenue servigio, ottenevano importanti vantaggi; e che però l'interesse suo proprio induceva il patrono ad usare giustizia e favori verso dei clienti, così per non dar loro argomento di sciogliersi dal vincolo (ciò che a mio credere non si sarebbe potuto negar loro), come per acquistarne dei nuovi. Colui che aveva di molti terreni e poche braccia, poteva accrescerle,

(1) Verbigrazia, se egli doveva dotare una figlia, riscattare sè od i membri di sua famiglia dalla prigionia dell'inimico, pagare delle imposte, delle multe, delle composizioni e simili.

(2) Sì fatto diritto del patrono sulla eredità del cliente, derivante dalla proprietà che aveva il primo sulla sostanza del secondo, si può risguardarlo siccome il principio originatore del diritto ereditario del patronato.

acquistando dei clienti con concederne loro delle piccole porzioni. Sì fatta concessione, aliena per sè stessa da questo instituto (1), era un mezzo efficacissimo d'interessare il cliente al mantenimento del vincolo; e, fattasene generale l'usanza (2), ella avrà dato origine al fatto, attestatoci da Dionigi, che codesto rapporto si continuava d'ambo i lati di generazione in generazione. Per dare la ragione d'un tal fatto non è uopo, come fece il Niebuhr, di contraddire a Dionigi, e di supporre, che il cliente non potesse sciogliersi dal patronato; dall' interesse vicendevole, dalla forza dell'uso, dalla sommissione del cliente, e simili, risultava quell'effetto, anche indipendentemente da tale supposto.

Mi fa sorpresa il silenzio della lingua latina intorno a quel lato della clientela che risguarda il patrimonio; ella non ci porge il nome che davasi alla concessione dei fondi al cliente, non quello della sostanza del cliente, quantunque questa nel diritto tanto si diversificasse dai *bonis* del *paterfamilias* romano, e dalla *familia*, la quale era lo stato famigliare di esso comprendente del pari le cose e le persone. Codesto silenzio io lo domando sorprendente, poichè la lingua suole riflettere le differenze importanti che si annunciano patentemente nell'uso della vita. Alla lingua latina si convenne d'avere delle voci per distinguere quei rapporti: tali voci scomparvero colle cose da esse significate, ovvero sarebbero elle mai perdurate anche nella lingua latina moderna? Io tengo questa seconda opinione; e nel *precarium* (3) e nel *peculium* ravviso due voci ed instituti, che in origine spettavano al rapporto della clientela. Ambedue questi instituti non appartengono

(1) A differenza del vassallaggio dell'età di mezzo, che Niebuhr accenna, parlando della clientela, *Istoria romana*, v. 1, pag. 342, onde la causa non era che il vassallo fosse indifeso, ma sibbene il feudo che gli era stato concesso.

(2) A ciò allude questo passo di Festo, onde l'uso è famigliare: *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis.* Le ultime parole esprimono la qualità del rapporto meglio di quello che a prima giunta non pare.

(3) Savigny, *Il diritto di possesso*, § 42, manifestò un' opinione consimile intorno al *precarium*. Io fui indotto alla medesima dalla connessione delle idee, senza che sul principio mi avvedessi ch'io veniva a convenire con Savigny, ciò che altresì non accadeva che in parte.

al diritto propriamente detto; son di quelli, onde i giureconsulti romani posteriori dissero: *magis facti sunt, quam juris*, e colla clientela per appunto non potevano confarsi che degli instituti di questa specie. Di più, sono entrambi, a guisa della clientela, dipendenti onninamente dal beneplacito, senza difesa giuridica, e revocabili ad ogni istante. I principii che regolano i suddetti due instituti non solo si può applicarli, senza sforzo, al patrimonio del cliente, quale doveva essere per la sua natura giuridica e per l'intima sua connessione; ma io penso, che a mezzo di sì fatto collegamento venga altresì rischiarata la condizion loro.

Io mi figuro la cosa in questa forma. Chiamavasi *precarium* tutto ciò che il patrono, a preghiera del cliente, concedevagli in uso; più di sovente l'oggetto era un fondo, ma non di rado sarà stato un edificio, ciò che servì di addentellato all' *habitatio* del diritto posteriore. La revoca di quest'uso a piacimento la si sottintendeva, per la qualità istessa del rapporto vicendevole che correva fra le parti, nè abbisognava quindi d'una stipulazione espressa; e qualunque rinuncia a questa facoltà era legalmente affatto inefficace. Non si poteva immaginare una obbligazione civile nè da una parte nè dall'altra; il patrono non poteva obbligarsi a lasciare la cosa al cliente per un certo tempo, nè questi a renderla subito. Se il patrono la voleva se la pigliava. Il cliente poteva difendersi contro dei terzi, ma non gli era permesso di far ciò verso il patrono, nemmeno quando egli avesse chiesto al cliente la restituzione della cosa innanzi che fosse trascorso il tempo, per cui gliene aveva accordato l'uso. Anche poscia che il *precarium* si scostò dalla relazione che egli aveva colla clientela, e venne in uso tra' cittadini romani, egli conservò tuttavia questa sua condizione anteriore, e non assunse un carattere obbligatorio; di guisa che nè il concedente era obbligato dalla promessa di lasciare al concessionario la cosa per un certo tempo, nè il secondo poteva essere costretto a restituirla per titolo di obbligazione. Conchiudere tra' romani un *precarium* non era altro che creare un rapporto posto sotto la tutela propria della prestanza gratuita del patrono. Non si poteva per alcuna maniera dubitare che qui si dovessero applicare i principii del diritto romano; e, per verità, sì fatto rapporto sorse appunto dall'impossibilità di applicare tali principii; e, per la natura sua distintamente articolata, facile, e contraddistinta dall' istesso suo

nome, egli ripulsava qualunque idea di obbligazione. Dando efficacia obbligatoria alla convenzione delle parti sul modo, sul tempo della restituzione, e simili, sarebbe stato, nei tempi antichi, quanto costituire e non costituire in un tratto un *precarium*, applicare contemporaneamente il diritto romano e non romano. Il *precarium*, e la esistenza di un rapporto obbligatorio tra le parti, era, nell'origine, una contraddizione, e molti secoli convenne che passassero, innanzi che il carattere del *precarium* restasse affievolito tanto, da venire rimosse le difficoltà che impedivano di applicargli la teoria dei contratti innominati.

La sostanza acquistatasi dal cliente, la sua suppellettile campestre, ed il bestiame, chiamavasi *peculium* (1), ed ella soggiaceva ai medesimi principii, che, nel diritto posteriore, regolano il *peculium* del figlio di famiglia e dello schiavo, come è a dire, che ella di fatto apparteneva al cliente, di diritto al patrono. Il nome suo accenna la relazione di questa sostanza coll'agricoltura; e, tradotta alla lettera, significa: *bestiame minuto*, cioè un corpo di bestie separato dal gregge principale. Tale indizio, che l'etimologia ci somministra intorno a ciò che, in origine, si conteneva nel *peculium*, può tornar profittevole alla nostra investigazione: egli addita, cioè, un' occupazione campestre distinta dal fondo principale; e non occorre ch'io esprima, quanto sia più conforme alla natura delle cose di ravvisarne il soggetto nel cliente, che non nel figlio di famiglia e nello schiavo. Questo bestiame minuto è pel cliente un segno che caratterizza la qualità del rapporto d'agricoltura (simigliante a quello di un giornaliere impiegato sui fondi) che doveva correre tra la sua economia e quella del patrono. L'industria campestre separata, ch'ivi si accenna, è assai meno verosimile nel figlio, incomprensibile poi nello schiavo. Dalle facoltà del cliente nacque l'idea del *peculium*; era qui, più che altrove, urgente il bisogno di separare una sostanza mi-

(1) * In Varrone ho rinvenuto un argomento interessante in conferma della mia opinione: *Non solum adimis domino pecus, sed servis peculium, quibus domini dant, ut pascant.* Varro, *De re rustic.*, I, c. 2. *Ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat*, id. I, c. 17. *Oves aliudve quid, id enim peculium primum. Varro de lingua lat.* (ed. Bipont., lib. IV, ed. in quella di Od. Müller, ch'è la migliore, lib. V, § 95.

nore dalla principale del patrono, ovvero qui la separazione veniva di già indotta dal rapporto istesso; non faceva mestieri di accordare al figlio ed allo schiavo una sostanza separata; ma, ciò avverandosi, era ovvio che si trasferisse ad essa la voce di già conosciuta di *peculium*. Sarebbe per avventura lecito di sostenere, che il *peculium*, alla maniera del *precarium*, da un instituto in origine proprio della clientela, diventasse un' instituzione romana universale. Se tale supposto non è erroneo Festo avrebbe con ragione pareggiato nel testo da noi surriferito (pag. 189) la condizione delle facoltà dei clienti a quella dei figli; le parole *perinde ac liberis propriis*, non esprimerebbero allora una semplice rassomiglianza esteriore di quelle due classi di persone, ma la loro reale condizione giuridica, e, giusta tale supposto, anche il pareggiamento che fassi a mezzo del nome *patronus* con *pater*, esprimerebbe compiutamente la qualità giuridica del rapporto.

Siccome la *clientela* non ci interessa adesso che per un canto, cioè come un' instituzione prodotta dalla incapacità giuridica del forastiero, così basterà ciò che fin qui ne dicemmo. Noi vi ravvisammo il principio necessario originatore del diritto dei forastieri, che presero stanza nello Stato; ed ai miei occhi non può soffrir dubbio, che tutti coloro che non erano cittadini, e quindi in origine anche i manomessi (1), vivessero in tale vincolo. Giusta il concetto rigoroso del diritto, sì fatto vincolo non costituiva un rapporto giuridico, ma quantunque, per così dire, egli non avesse la forma giuridica, inchiudeva tuttavia una sostanza legale. Le massime fisse, che s'erano formate per l'usanza, sul rapporto che intercedeva tra il patrono ed il cliente, la protezione indiretta che somministrava il diritto criminale, punendo la *fraus patroni*, rendevano abbastanza sicuro lo stato del cliente, e meno incomoda l'istessa mancanza di un' azione contro del patrono. All' instituto s'appigliò l' idea d'un diritto di qualità inferiore, l'opinione del popolo ne formò un rapporto giuridico, che non si differenciava dagli altri che pel modo di protegger-

(1) Non parmi occorrere ch'io mi giustifichi se nego la cittadinanza ai manomessi dei più antichi tempi, come fanno Niebuhr, *Istoria romana*. ediz. 4, vol. 1, pag. 622, Göttling, *Della costituzione romana*, ed altri.

lo (1); e per sì fatta via si iniziò un passo, che sembrava di poca entità, ma che in realtà importava l'annientamento dell'instituto proprio, come a dire il passo di concedere al cliente l'azione.

Dell'antica incapacità del cliente di promuovere l'azione non rimase, a guisa d'una reminiscenza, che la limitazione, che il cliente non potesse chiamare in *jus* il patrono senza uno speciale permesso del pretore, cioè che non potesse convenirlo contro sua voglia. Se non che ad affrettare questo passo contribuì senza dubbio efficacemente la preponderanza che per tale rispetto ottenne l'elemento plebeo. Ma quando ciò accadde si si era di già dilungati molto dai principii originatori del diritto: quella separazione del diritto privato dal pubblico, che ripugna tanto al carattere originario del diritto, erasi allora nell'essenziale di già compiuta. Coi plebei ci si fa incontro, nell'interno dello Stato romano, quel *commercium* tra cittadini e non cittadini, che dianzi (pag. 185) apprendemmo a conoscere nel suo rispetto internazionale; e non è impossibile che abbia convenuto di stabilire prima verso il di fuori e per contratto il *commercium* tra due popoli diversi, onde riuscire in seguito ad applicarlo anche nell'interno dello Stato tra cittadini e stranieri. Il diritto internazionale è per avventura il subbietto dove primamente sorse quella separazione del diritto privato dallo Stato. Dalle contrattazioni commerciali con un popolo straniero venne il primo impulso a tale progresso; il quale, compiuto che fu verso il di fuori, potè tornar vantaggioso allo Stato medesimo nell'interno, e, direi quasi, venirgli imposto col mezzo naturalissimo, che i membri del popolo estero pigliassero ferma stanza sul territorio dello Stato, ed in lui inducessero dal di fuori il *commercium*, a cui più assai lentamente sarebbe giunto di per sè lo Stato, che non riconosceva nei forastieri dimoranti nel suo territorio che il rapporto infe-

(1) Lo stesso passaggio dal fatto al diritto, rispetto alla condizione della persona e delle facoltà dei figli; ovvero dall'arbitrio paterno, non per altro moderato che pel costume, fino al riconoscimento della privata indipendenza del figlio, abbisognò d'un tempo di gran lunga maggiore. Non è mestieri ch'io accenni la cagione di questa differenza.

riore della clientela. Se le cose stessero in questi termini, noi avremmo rinvenuto in sì fatta reazione del commercio pacifico dello Stato coll'estero sul suo organamento interno un riscontro alla reazione ch'esercitarono sovra di lui i contatti ostili coll'estero, che accennammo altrove, e di cui trapassiamo adesso a trattare.

II. *Influenza della costituzione militare sullo Stato e sul diritto.*

CAPO XI.

Come la costituzione s'avvantaggiasse della guerra. — La costituzione politica e la militare. — Ripartimento militare del popolo. — Il principio di soggezione. — L'*imperium*. — Carattere militare della realità. — Facoltà di punire. — Influenza degli ordini militari sull'educazione del popolo. — Sentimento dell' ordine esteriore e della legalità.

Che la guerra possa tornare utilissima allo sviluppo del diritto e dello Stato la è cosa meno paradossale di quanto a prima giunta non si paja. Una guerra tempestiva può avanzare in pochi anni questo sviluppo più che una vita pacifica secolare. Simile al temporale ella purifica l'aria, mette presto un termine allo stagnamento morale e politico, abbatte d'un colpo l'edificio fracido di una costituzione politica inarrendevole e di instituzioni sociali oppressive, e rende necessario un processo di sociale e politico rinnovamento. Ciò che cagiona la morte allo Stato decrepito, serve in un altro a costringerlo a dispiegare le sue forze, a destare in lui una vita nuova e fiorente.

Com'è noto, la guerra non fu presso dei romani uno stato di eccezione, ma la regola; essa fu la disciplina per cui divennero grandi, e la di cui influenza peculiare fortificatrice si manifesta, in guise molteplici, anche nel loro diritto. Sì fatta influenza la si raffigura di già nella costituzione antichissima, che fu l'appannaggio recato con sè da Roma; questa è, per così dire, una armatura, che va bensì debitrice della sua origine alla guerra, e fatta per essa; ma che Roma, onde essere sempre

pronta, non spoglia nemmeno nella pace. Alla fierezza del sentimento romano, ripugnante ad una vita pacifica e tranquilla, serviva di ritegno la disciplina militare prodotta dalle continue guerre; questa fu il suo mezzo di educazione. La più antica Roma era un perpetuo campo; la reggevano l'ordine e la rigorosa disciplina del campo, e la costituzione politica si trasmutò nella costituzione militare. Finita la guerra, presso degli altri popoli si scioglieva anche il campo; gli ordini di guerra non erano instituiti che per lo stato passeggiero di pericolo esterno; cessata la guerra, cambiavansi negli ordini più comodi della pace (1).

Il succo della seguente disquisizione lo si può ridurre a questa massima: l'interesse militare è il mezzo, per cui lo Stato si avvantaggia d'un' idea a noi finora ignota, quella della supremazia e della soggezione; la quale impone allo Stato delle stirpi la forma degli ordini militari. Questi in Roma non si è dovuto crearli, perchè la realità e le altre instituzioni politico-militari appajono quivi di già compiute, e prese in altro luogo, per applicarle allo Stato nuovo. Ma se, come usammo di fare per insino ad ora, noi rinverghiamo il loro principio originatore, le idee donde si svilupparono, io penso che noi saremo condotti a quelle ragioni militari, di che ora prendiamo a ragionare.

(1) Di tal maniera, non appena finita la guerra, alcune razze germaniche lasciavano cadere le utili instituzioni che usavansi nella guerra, le quali, se si fossero continuate, avrebbero somministrato il germe di uno sviluppo politico salutare. Cesare, *De bell. gall.*, VI, 23: *Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed etc.* Da Waitz, *Istoria della costituzione germanica*, v. 1, p. 101, ricavo un passo conforme di Beda, *Hist. eccl.*, V, 10: *Non enim habent regem iidem antiqui saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello rursum aequalis potentiae fiunt satrapae.* L'unità e la disciplina duravano solo quanto il bisogno, come accade dell'energia di certi individui. La buona sorte dei romani fu che i loro antenati, a cui andarono debitori della costituzione, vissero di continuo nel bisogno.

Consideriamo anzi tutto la divisione del popolo. Di primo tratto si scopre ch'ella è cosa artifiziata. Le dieci curie della tribù, le dieci *gentes* delle curie non sono il prodotto di uno sviluppamento organico, ma furono costituite avvisatamente e per uno scopo. Di che specie era questo scopo? Esaminiamo dove si manifestasse da prima più urgente il bisogno di ripartire il popolo. Nella milizia senza dubbio. Il primo ordine meccanico introdotto dallo Stato è quello *della battaglia;* quivi occorre, più che dovunque, una divisione del popolo secondo un numero usuale. Presso dei romani e di alcuni popoli germanici noi ritroviamo il sistema decimale (1). È provato che nei secondi la divisione era stata introdotta con viste militari; e che lo stesso accadesse presso dei romani, non v'è, a mio credere, motivo ragionevole per dubitarne. Non conviene lasciarci trarre in inganno dal vedere, che si fatta divisione ha anche rapporto alla religione ed alla politica; da poi che anzi ella è una qualità caratteristica della costituzione universa, che l'ordinamento militare stabilisca le forme fondamentali dello Stato, e che poscia gli interessi religiosi e politici vengano accomodati al sistema di tal guisa costituito.

Parmi che questo stato di cose lo si possa caratterizzare adeguatamente così: il popolo è l'esercito (2); tutto l'esercito ha un culto proprio e proprie funzioni politiche, come li ha eziandio ogni sezione dell'esercito. La curia non è un sodalizio politico con rispetti religiosi e militari, e meno ancora una unità religiosa che esercita eziandio delle funzioni politiche e militari (3); ella è invece una sezione stabile dell' esercito, ovvero (popolo ed esercito essendo sinonimi) una sezione del popolo. La *gens* è pure una sezione dell' esercito, non però artificiata; l'arte non ha instituito che il numero delle *gentes*. Solo, poichè

(1) Presso d'alcuni anche il sistema duodecimale. Veggasi Waitz, l. c., app. 2, p. 275 e seg.

(2) * Indi vennero le proposizioni delle leggi all'esercito. Livio VII, c. 18. Anche presso dei Germani, in origine, il popolo non si distingueva dall'esercito. Veggasi Waitz, l. c., pag. 32.

(3) Vi fu eziandio chi tenne questa opinione, la quale però, come l'opera in cui venne manifestata, non merita alcun riguardo. Zinserlingh, *Histoire romaine*, t. 1. Varsavia 1824, pag. 93: *Partout, où il est fait mention de curies, on voit, qu'il n'est question que de religion !*

non si è potuto abbandonare all'evento della naturale propagazione il mantenimento di questo numero, e quindi si dovette surrogare una nuova *gens* a quella che venisse a mancare per morte o per altra cagione, anche l'arte interviene proporzionatamente in questa materia della *gens*, onde, in tutto il resto, il dominio spetta alla natura.

Laonde l'ordine primo è quello di battaglia: ma, affinchè da lui s'abbia nella guerra il massimo vantaggio, conviene conservarlo anche nella pace. Pur di ritorno dalla guerra il popolo mantiene la divisione dell'esercito, anzi egli rimane esercito; la pace ci rappresenta il popolo come un esercito in riposo, e la guerra ci mostra nell'esercito un popolo nell'azione (1). Quindi le assemblee del popolo non sono che le assemblee dell'esercito, il capitano soltanto può convocarle (2), e le singole sezioni si radunano sotto dei loro capi militari. Perciò, chi non raggiunse ancora, ovvero ha di già sorpassato l'età prescritta al servigio, non può pigliar parte nella assemblea del popolo. I vecchi, i *senes* (3) compongono il *senatus*, che non può deliberare, ma sovvenire soltanto di consiglio; la loro età li condiziona a ciò, ed a ciò solo; e quella instituzione del senato non è altro che l'influenza propria dell'età e dell'esperienza costituzionalmente formulata. Ma non avendo i vecchi la forza di attuare le risoluzioni prese, perciò essi mancano eziandio della capacità di intervenire alle deliberazioni del popolo. Alle assemblee popolari non intervengono che i giovani, i guerrieri; essi soli hanno la virtù di volere, da poichè non si risguarda per volontà che quella efficace che eseguisce ciò che ha statuito. Quindi popolo, *populus*, equivale a *corpo dei giovani*, com'è avverato dalla etimo-

(1) *Exercitus*, com'è a dire *ex arce*, fuori della rocca. *Exarcere*, *exercere*, trovarsi in campo, assalire l'inimico, ovvero difendersi; indi esercitarsi. E però il concetto di esercizio si riferisce in origine all'attività militare; l'esercizio è il bellico, il popolo nell'esercizio è l'*exercitus*.

(2) Calare, indi *classis*, popolo, *classis procincta*, l'esercito. Se ne veggano i documenti in Huschke, la *Costituzione di Servio Tullio*, pag. 134.

(3) * Festo, *Sexagenarios*.

logia (1), e giovane ad *atto alle armi*. Chiunque, non appena è atto alle armi, diventa pubere, *pubes*, e quindi membro del *populus;* chi può portare le armi non ha bisogno di un tutore, e può dare il suffragio nelle assemblee popolari.

Noi abbiamo di già procacciato (p. 91) di rinvergare nelle voci *curiae, decuriae*, che additano le sezioni del popolo, col soccorso della etimologia, una relazione militare. *Vir* è il guerriero *(idem)* e però *conviria* o *curia* è la comunità de' guerrieri, *decemviria*, *decuria* è una minore sezione di dieci uomini (2). Quest' ultima parola indica la *gens* dal canto del posto da essa occupato nella costituzione militare, la parola *gens* assolutamente la contraddistingue come il corpo delle persone congiunte per la nascita. La costituzione militare originaria comprende dieci curie, ogni curia dieci decurie, quindi in tutto cento decurie; un tal numero fu triplicato in Roma per l'unione di tre popoli organizzati a questo modo.

La etimologia ci istruisce eziandio che i *comitia curiata* erano in origine le assemblee dell'esercito, ed un altro argomento ce lo somministra la voce *Quirites*, con cui vi si indirizzava il discorso al popolo. Noi ne abbiamo data altrove la spiegazione etimologica (pag. 91) ch' è di guerrieri, che portano la *quiris*, la lancia del servizio. Quindi *Populus romanus Quiritium* è la giovane soldatesca dei lancieri, l' esercito nelle sue assemblee. Non conviene lasciarsi illudere dall'uso che facevasi della parola *Quirites* più tardi, quando le idee di popolo e di esercito si diversificarono praticamente, per indicare i cittadini e per ingiuriare i soldati; la dissuetudine in cui cadde quella voce per la mutazione sopravvenuta nelle cose non ha nulla di straordinario. E meno ancora la giurisdizione posteriore dei comizi curiati può trarci in errore sull'ufficio e sul carattare suo originario.

(1) Io accetto la etimologia adottata da Kuhn nell'*Istoria antichissima dei popoli indo-germanici*, cioè di *pulus*, giovane. Secondo le sue allegazioni la forma *puli* si incontrerebbe nei Veda in parole composte. Anche *puer* e *pubes* sono di questo genere. Nel latino abbiamo *discipulus*, giovane che impara, *mani-pulus* una mano di giovani, e *populus*, onde la prima sillaba sarebbe, giusta Kuhn, venuta da un raddoppiamento. Pott, che è la mia guida ordinaria nell'etimologia, adotta un'altra derivazione, vol. 1, pag. 193.

(2) Come nelle voci che similmente contengono un numero, non si muta il nome quantunque in processo di tempo si alteri il numero.

Lungo tempo dopo ch'era cessata la costituzione di Servio Tullio, la quale, conformandosi all'idea onde ci occupiamo, aveva mantenuto la costituzione militare a fondamento dello Stato (1), a molti che conoscevano soltanto la condizione presente dei comizi centuriati e curiati, sarà sembrato che gli ultimi non avessero mai avuto rapporto alcuno colla costituzione militare. Ma a chi l'antichità era famigliare doveva esser palese il contrario (2); ed un avanzo importante di questo lor carattere militare fu conservato nella collazione dell'*imperium*, del supremo comando militare, che, dopo come innanzi, era riservata ai comizi curiati (3). Che i comizi curiati si celebrassero dentro la città, ed i centuriati fuori nel *Campus Martius* è consentaneo all'istoria dell'*imperium*. Al tempo dei re l'appello alle armi, l'*imperium*, si estendeva anche alla città, e quindi era altresì permesso di tenere in essa le assemblee dell'esercito; ma colla *realtà* fu esigliato da Roma anche l'*imperium*, e quindi i comizi centuriati della costituzione militare serviana, che allora solo furono rimessi su, si trasmutarono per conseguenza dinanzi alla città, e significatamente sul campo consecrato al Dio della guerra (4). Similmente non contraddice al carattere militare dei comizi curiati che ad essi si chiamasse (*calata*) mentre i comizi centuriati venivano convocati alla militare dai cornettatori; quella chiamata era un ordine diretto ai comandanti delle curie (più tardi rappresentati per certi scopi dai littori) di raccogliere la soldatesca.

(1) Ciò viene altresì provato dal modo militare con cui celebravansi i comizi centuriati. « Nei comizi centuriati il popolo, giusta l'idea della centuria, interveniva a modo di esercito armato, schierato nelle sue centurie e sotto le sue bandiere, con alla testa i centurioni, e quindi la convocazione dei comizi centuriati si esprimeva colle parole *exercitum* (e per distinguerlo dall'esercito guerriero anche *exercitum urbanum) imperare*, ed il loro licenziamento *exercitum remittere* ». Huschke *La Costituzione di Serv. Tull.*, pag. 414.

(2) Verbigrazia, Liv. V, 52: *Comitia curiata quae rem militarem continent.*

(3) Cic., *De leg. agr.* II, 12: *Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.*

(4) Gellio XV, 27 — — *quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi.* Liv. 39, 15, *cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.*

Di presente ci rivolgiamo alla *realità*, ovvero (per manifestare subito il nostro sentimento intorno al rapporto che correva tra lei e la costituzione romana) alla capitananza dell'esercito ed al principio, che indi nacque, della soggezione. Le opinioni sull'origine ed il carattere della realità sono assai discordanti (1); ma non è questo il luogo di farne la critica, e però mi ristringo ad esporre e fondamentare la mia.

Il re chiamasi *rex*, il reggente (da *reg-ere*) non perchè governi nel sentimento giuridico, ma nel militare. In quella guisa che presso d'un popolo guerriero l'ordinamento militare è il più importante, il più antico e l'originatore del politico, così ancora la carica del capitano, che ordina e mantiene sì fatta organizzazione meccanica esteriore, è più indispensabile e più antica di quella del magistrato che sopraintende all'ordine ed alla costituzione più astratta dello Stato. L'ultima non cresce d'importanza che mediante l'ingerimento dello Stato in quelli interessi che prima erano abbandonati a sè soli. Ma nell'età più antica le funzioni politiche del re cedono di lunga mano alle militari. Ad un popolo guerriero era più necessario un capitano intrepido e sufficiente, che un principe savio e pacifico. Il popolo si soggettò più facilmente al primo che non al secondo. Basta che ci sovvenghiamo dello spirito donde uscì il diritto romano, di quelle idee di libertà personale, di coordinazione degli individui, di ripugnanza all'ingerimento degli ufficiali dello Stato e simili, per convincerci tosto che il principio di subordinazione (e tale è appunto la realità) non poteva spuntare che là dove lo richiedevano i più importanti interessi, e dove la necessità della subordinazione doveva essere a tutti manifesta, cioè nella costituzione militare. Il primo *rex* non fu altro che un capitano eletto in contemplazione della sua capacità guerriera, ed a cui si accordò la podestà indispensabile al suo ufficio, cioè un'autorità incircoscritta, *imperium*. Ma, laddove presso dei Germani egli cessava dalla carica non appena era finita la guerra, per contrario gli antecessori dei romani l'ebbero a vita. E poi che tutto quanto il popolo stava sempre sul piede di guerra, così anche

(1) Non si è egli perfino preteso, con far derivare la parola *rex* da ῥέζειν, *sacrificare*, di riporne l'origine nel sacerdozio?

il capitano non poteva a meno di essere un membro essenziale della costituzione dell'esercito. Fu per tal via che venne predisposto il passaggio della capitananza nella realità, mentre rimanendo il popolo esercito anche nella pace è facile che il capitano si trasformi in un re. La simiglianza e l'unione delle funzioni militari colle politiche che si manifesta nelle regioni inferiori dello Stato si ripete ancora alla sua cima. Senza la chiamata del capitano non può radunarsi l'esercito, nè può deliberare che sulle proposizioni fattegli dal medesimo; l'azione politica dell'esercito importa un'azione eguale del capitano; conviene che egli sia il capo politico del popolo, perchè questi agisce politicamente nella sua condizione di esercito.

Se la podestà politica del re non era impertanto che il prodotto e l'appendice della sua podestà militare, tale conviene che fosse anche l'ufficio e l'autorità sua religiosa. In qual modo avrebbe egli potuto commetter battaglia prima d'essersi assicurato, per mezzo degli auspici, della approvazione degli Iddii; e come poteva egli ripromettersi del loro ajuto senza avere procacciato prima di propiziarli, con sagrifizi, a sè ed all'esercito?

A lui viene quindi commesso assieme all'autorità militare anche il *jus auspicandi* ed il sommo sacerdozio. La religione è presso dei romani nella sequela indissolubile di ogni instituzione importante, d'ogni unione dentro e fuori dello Stato, d'ogni dignità e d'ogni risoluzione della vita pubblica e della privata. Ma si ponga ben mente a questa sua qualità di seguace. Ella non pretende all'indipendenza, come nell'oriente o nel cristianesimo, essa non esige che il re, onde poter offrire i sacrifici per il popolo, riceva prima da lei la consecrazione sacerdotale, e ciò tanto meno che il padre di famiglia non ne abbisogna onde esercitare pelle persone soggette a sè queste medesime funzioni. Gli iddii di Roma non pretendevano, per essere venerati, la mediazione dei sacerdoti, questi potevano suggerire il modo gradito agli iddii, ma chiunque aveva la capacità di accostarsi a loro per sè e per quelli che rappresentava.

Laonde la podestà militare, la politica e la religiosa non sono raccolte nell'autorità regia a guisa di tre podestà reciprocamente indipendenti; il re non è ad un tempo capitano, superiore politico e sacerdote. Egli è solo capitano, e, come tale, ha altresì l'autorità di convocare l'esercito a scopi politici e di sagrificare

per lui (1). La distinzione di queste podestà, la separazione delle facoltà speciali annesse a ciascuna, l'instituzione degli officii speciali che vi corrispondono, non è che il frutto di un più lungo processo di sviluppamento. Da sì fatto punto di veduta posteriore, si può ravvisare nell'*imperium* l'unione di diverse autorità; ma, giusta l'indole sua originaria, egli non era più che l'impero militare. Esso, come richiedevalo la disciplina militare, comprendeva il diritto di vita e di morte (*gladii potestas*) simboleggiato dalla scure piantata nei *fasces*, diritto che non poteva venire consentito al re neoeletto che per una speciale deliberazione dei comizi. Quest'atto inchiudeva l'assoggettamento contrattuale dell'esercito all'impero dell'eletto; quindi, onde si potesse convenire, occorreva la presenza del secondo, e ch'egli istesso ne facesse la proposizione all'assemblea (2).

Laonde anche l'*imperium* si può originarlo dal contratto, solo però in quanto a concederlo. La continuazione e l'esercizio suo nei casi speciali è indipendente dal consentimento del popolo; non appena è conferito, che da lui sorge tosto un rapporto durevole di sudditanza. L'interesse militare ne prescriveva l'estensione, la quale giungeva sin dove arrivava quello; e presso di un popolo guerriero sì fatto interesse ha un'ampiezza straordinaria. L'*imperium* comprendeva naturalmente il diritto di mantenere la disciplina militare a mezzo dell'autorità illimitata di punire. Al re non poteva mancare ciò che ai tempi della repubblica non ricusavasi al capitano. Sì fatta podestà punitrice militare non era, per sè, incompatibile con quella spettante al popolo; l'oggetto delle due podestà era diverso; la prima risguardava il soldato, la seconda il cittadino. Sotto della repubblica non si oltrepassavano i rispettivi confini; e soltanto quando il bisogno obbligava ad eleggere un dittatore (l'odierna pubblicazione dello Stato d'assedio, o del giudizio statario) tutta quanta

(1) Avveniva lo stesso nei priori delle *curie* e delle *gentes*, i curioni ed i decurioni; come in generale l'ordinamento dello Stato antichissimo si fondava sull'imitazione.

(2) Non fu per anco disimplicata l'etimologia di questa voce. Veramente si è preteso di rinvenirla in *parere* (ubbidire) da *par* (pari, eguale); ma nella favella osca esiste la voce *embratur* per *imperator*, che rende verosimile una origine differente.

la popolazione veniva assoggettata alla legge marziale. Ma invece all'epoca della realità quella giurisdizione militare propagava assai più i suoi confini, o stendeva la sua mano di ferro anche sul cittadino. Non è mestieri che si attribuisca tale estensione alla sola forza, all'usurpazione dei re; ma v' hanno dei rispetti che la giustificano, o che la spiegano per lo meno. Primamente cioè la podestà militare del re non era circoscritta al tempo della marcia, e quindi non era sospesa durante la pace ed il soggiorno in Roma. Se il popolo conservavasi nella condizione di esercito anche in Roma, conveniva bene che si conservasse pur anche la disciplina militare, e con essa anche la podestà militare di punire. Ma il concetto della disciplina è sì elastico, che un re imperioso poteva, anche senza usare una aperta violenza, estenderla di maniera che un cittadino atto alle armi non commettesse quasi nessun delitto senza ch'egli, volendolo, avesse ragione di punirlo. Secondamente il re poteva arrogarsi la podestà punitrice anche sulle persone che non più appartenevano all'esercito attivo. Nella sua qualità di capitano della forza armata, egli doveva difendere lo Stato dai nemici, e ripristinare la pubblica sicurezza. Era indifferente che i nemici fossero esterni od interni; ed in quest'ultimo caso, che soggiacessero o no alla podestà punitrice militare; essi cadevano indistintamente sotto il rigore della spada. Ciò che accadeva nelle deliberazioni sulla sorte dei prigionieri nemici, che il popolo non v' era chiamato, ma sì appartenevano al capitano, succedeva anche nella punizione dei nemici interni (1).

La similitudine di queste due specie di nemici ci è attestata dalla lingua nella parola perduellio (2); *perduellis* è la prova

(1) Dal notissimo caso dell'Orazio vien fatto palese che il re istesso sentenziava il *perduellis;* anche Bruto, siccome rivestito dell'*imperium*, sentenzia i congiurati, che dovevano tradire la città a Tarquinio. In questo caso eziandio esisteva una *perduellio*; ed io non so indurmi a figurare (come fa Rubino, p. 466) sulle espressioni *proditores, proditio*, ecc., usate qui ed altrove, un delitto speciale di *proditio* diverso dalla *perduellio.* Ma, quando pure ciò fosse, anche questo delitto, giusta l' idea accennata nel testo, sarebbe stato di competenza del re.

(2) *Perduellis* (da *para*, molto, e *duellum*, il successivo *bellum*) Festo sub. voc. *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellis.*

di propositi ostili da parte di un cittadino romano (1). Chi procede da inimico viene alla sua volta trattato come tale; ch'è quanto dire che il re lo giudica secondo il diritto di guerra, e che non si accetta la *provocatio* al popolo.

Per quanto adunque la giurisdizione del re siasi estesa oltre questi confini, il suo fondamento e la sua spettanza stava nondimeno nei limiti della costituzione militare. Sotto di tale rispetto la sua formazione riesce intelligibile, anzi necessaria; dove che invece, messa a riscontro delle idee sulla *vindicta* pubblica, ella riescirebbe inesplicabile. Indi si ricava del pari come la giurisdizione criminale del re usurpasse su quella del popolo; e nella *provocatio* al popolo, che opponevasi ai giudizi del re, io non ravviso che una difesa contro di queste usurpazioni, un richiamo fatto al tribunale del popolo, lorquando il condannato credeva di poter impugnare la competenza del re (2) ed aveva interesse di farlo. Non occorre ch'io dimostri il come ed il perchè, in questo conflitto delle due giurisdizioni, la condizione del re fosse migliore d'assai di quella del popolo; cui bisognava di aspettare dal re la convocazione. Nessuna maraviglia, che in progresso di tempo egli abbia veduto la sua giurisdizione criminale ri-

(1) L. 11, *D. ad leg. jul. maj.: Perduellionis reus est, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus.*

(2) Quindi la *provocatio* non era già un'appellazione ad un'istanza superiore, ma, per così dire, una querela di nullità, a motivo d'incompetenza. Perciò la *provocatio* non ammettevasi nei delitti militari; poichè per essi la competenza del re era fuor di dubbio; ed a questi casi conviene riferire le notizie pervenuteci sulla inammissibilità della *provocatio* sotto dei re. Invece pei delitti comuni erano competenti i tribunali del popolo; e se a dispetto di ciò avesse proceduto il re, era permesso al condannato di richiamarsene al suo tribunale competente; a ciò, secondo me, alludono le notizie che attestano, *provocationem etiam a regibus fuisse.* Nel notissimo caso dell'Orazio (Liv. I, 25, 26) la concessione della *provocatio* fu un gran favore, poichè l'Orazio aveva uccisa la sorella tornando coll'esercito vittorioso in Roma, e però come soldato. Fu questo il motivo che fece apparire tanto sorprendente sì fatta provocazione, e per cui il padre di Fabio (Liv. VIII, 33) la invocò mentre chiedeva la concessione della *provocatio* per un delitto militare.

dotta a quella parte eccessivamente piccola, che al re piacque di lasciargli.

Veduta così l'importante influenza che la costituzione militare ebbe, colla sua divisione del popolo e colla realità, sull'organamento esteriore dello Stato; ora ci rimane a considerare quella ch'essa esercitò sullo sviluppo del diritto romano. E per quanto, a primo tratto, questa non si lasci discernere, io porto opinione che, dietro un accurato esame, converrà pure convincersi che grande sia stata la sua efficacia.

Colla costituzione militare sorge nell'istoria dello Stato e del diritto, in cui finora vedemmo dominare assoluto il principio della volontà soggettiva proprio del diritto privato, un principio nuovo, quello della supremazia e della subordinazione. Esso fu veramente ristretto nell'origine all'ámbito degli interessi militari, ma anche con questa limitazione, egli valse di rimedio salutare al pericolo che il principio soggettivo si distruggesse da sè, ed agli allettamenti inebbrianti, e ad un tempo ammollienti, di uno sfrenato entusiasmo per la libertà e l'indipendenza. Noi compatiamo a quei popoli, il cui petto non mai s'infiammò di tale entusiasmo, che, simile ad elettrica scintilla, percorre e ravviva tutto quanto l'organismo; ma guai d'altra parte anche ai popoli, in cui l'impulso alla libertà è sì smisurato da non conoscer più freno, ed in cui la scintilla scoppia in fiamma divoratrice! Dei tre popoli che un tempo ne facevano uno, il greco, il romano ed il germanico, ciascuno, separandosi, recò seco il sentimento della libertà individuale e politica, e lo sviluppò poscia nella sua guisa speciale; ma soltanto il romano fu così avventurato da inventare, e da usare lungamente la severa disciplina dell'ordine, per cui solo sì fatto sentimento giunse alla maturità. L'impulso alla libertà fu presso dei romani congiunto inseparabilmente, per secoli, col sentimento dell'ordine e della legalità; e soltanto nella decadenza di Roma ci si fa incontro il contrario. Fa egli mestieri di dire, che ciò devesi alla costituzione militare, alla militare disciplina, che quasi prodigiosamente crea nell'uomo il sentimento dell'ordine esteriore e della legalità? È bensì vero che un tale sentimento è una forma dello spirito morale di qualità inferiore; che

egli ha qualcosa di illiberale, che consiste piuttosto nella assuefazione meccanica, che nella convinzione morale interna, che risguarda più la uniformità esteriore che non la sostanza interna. Ma la sua legittimità relativa non abbisogna altresì di prova; v' hanno popoli e tempi, in cui alla disciplina militare conviene creare da prima quel sentimento, affinchè diventi possibile un più alto grado di moralità. Quando n'è duopo, allorchè l'ardore febbrile per la libertà minaccia la distruzione allo Stato ed all'ordine, l'impeto naturale trascina i popoli alle guerre al di fuori, e, per questo mezzo, alla militare disciplina; per cui essi, riacquistando il sentimento dell'ordine e dell'obbedienza, in brevissimo tempo si rifanno. La virtù sanatrice della militare disciplina non consiste già nella severità delle leggi; per tale rispetto un governo dispotico può avanzarla di molto; e pure quest'ultimo, anzi che ritemprare un popolo, lo debilita e demoralizza. Ma, dove che il dispotismo non è che la severità dell'arbitrio; la disciplina militare inchiude invece la severità dell'ordine, e non v' ha forse un'altra condizione che, come la disciplina militare, faccia comprendere all'uomo la necessità dell'ordine esteriore, e gli istilli una avversione invincibile a qualunque perturbamento e sregolatezza.

Ora al popolo romano dell'epoca dei re toccò la ventura di recare con sè una costituzione che reggevalo con sì fatta disciplina sì nella pace che nella guerra. Educato che fu a questa scuola (1), connaturatosi con lui lo spirito dell'ordine e della legalità, si potè ristringerla al tempo della guerra. La sete delle conquiste implicava incessantemente i romani in nuove guerre, e procacciava ad ogni nuova generazione il vantaggio di un'educazion militare. La guerra insegnava loro ad apprezzare l'*ordine*, la *pace*, la *libertà*; e la gioventù romana, educata alla scuola severa dell'obbedienza, incominciata in casa sotto della *patria potestas*, rendevasi degna e capace di dominare.

L'influenza di questa educazione si annuncia a chiarissime note, tanto nell'istoria del popolo romano, quanto nel suo diritto; e fa davvero poco onore agli istorici nostri del diritto romano, tanto perspicaci per le minutezze, il vedere che essi si lasciarono

(1) I romani medesimi lo riconobbero; veggasi verbigrazia, Livio, lib. II, 1, nella sua considerazione sull'epoca dei re.

erudire da Hegel (1) intorno al motivo ed alla specie del sentimento romano della legalità; od a parlare più esattamente, che non profittarono delle sue lezioni. Si è per noi di già notata altrove l'esagerazione con cui Hegel raffigura il formarsi del diritto e dello Stato romano; ma la luce in cui egli collocò l'influenza esercitata sul sentimento romano dalla militare disciplina (2) è una osservazione sorprendente di verità, onde il pregio doveva essere, più che da ogni altro, avvisato dallo storico del diritto, da poi che a lui sol era consentito di sviluppare quel cenno ch'egli ne ha dato. Quel formalismo del diritto romano, che ci apparirà nel secondo sistema come uno de' suoi caratteri più prominenti, su di che si può egli appoggiarlo, all'infuori del formalismo della disciplina militare, quando non lo si voglia ammettere come un fatto stante da sè ed inesplicabile? Che altro è egli se non che, a guisa del formalismo suddetto, l'ordine per l'ordine, la disciplina degli affari giuridici, che s'attiene inesorabilmente alla uniformità, e che punisce senza riguardo ogni traviamento anche insignificante dall'ordine esteriore? Egli importa pel diritto romano quell'istessa scuola di disciplina ed ordine in cui viveva il popolo sul campo.

Qui nel campo il popolo assuefacevasi a quella subordinazione, a quel rigore letterale, che poscia ritrovava nelle forme della sua vita giuridica; ed un capitano invecchiato nel servizio non poteva prescrivere e sorvegliare l'ordine esteriore del commercio giuridico con pedanteria e severità maggiore di quella adoperata dai giuristi dei tempi della repubblica. Solamente nel secondo sistema ci sarà consentito di esporre l'influenza benefica che ebbe una tale disciplina degli affari giuridici sullo sviluppamento

(1) Filosofia dell'istoria. *Il mondo romano*, sez. I.

(2) A modo d'esempio a pag. 346 dell'edizione del 1840: *Poichè ella* (la fondazione dello Stato) *trae immediatamente al suo seguito la più aspra disciplina, come pure il sagrificio per gli scopi della colleganza. Uno Stato formatosi da sè e fondato nella forza, conviene mantenerlo colla forza. Non ha egli un vincolo morale liberale; ma da tale origine non deriva che una condizione forzata di subordinazione.* Ma più che altrove a pag. 359, ove egli nominatamente osserva: *che nelle sommosse e negli sconvolgimenti dell'ordine legale la plebe sì di sovente si rappacificò per rispetto della semplice forma.*

del diritto romano; ma fin d'ora possiamo osservare che al sentimento guerriero della popolazione spetta il merito principale della grandezza del diritto romano; e che questo diritto è appunto un eloquentissimo testimonio della reazione salutare della guerra sullo Stato e sul diritto, da noi ricordata sul principiare di questo capitolo.

III. *Il principio religioso e la sua influenza sullo Stato e sul diritto.*

CAPO XII.

Il *Fas.* — L'uso fattone dal collegio dei pontefici. — La procedura dinanzi al tribunale religioso *(legis actio Sacramento).* — La manifestazione dell'influenza religiosa nelle diverse parti del diritto, e specialmente nel criminale. — L'*homo Sacer.* — La pena siccome atto espiatorio religioso.

Il diritto e la religione sono due gemelli che, qualunque parte contemplisi dell'istoria, vivono i primi anni dell'infanzia nella più stretta intimità soccorrendosi e supplendosi vicendevolmente. Per quanto si discostino l'uno dall'altro, posciachè ciascuno raggiunse l'indipendenza ed il pieno svilupparsi delle sue forze, senza che per questo riesca loro più difficile il conseguimento del proprio fine; pure, in quel primo periodo di debolezza e di dipendenza, l'uno non può fare senza dell'altro. Che accadrebbe del diritto, se fin da principio egli comparisse nell'istoria come semplice opera dell'uomo, se la religione nol consecrasse?

Ciò che un popolo deve crearsi e comporsi con materiali proprj, dice benissimo Giacomo Grimm (1), *riesce a similitudine sua; ciò che egli può toccare diventa profano; nulla si può instituire di sacro, da cui l'uomo debba pendere, se non è inaccessibile.* Ogni seme onde svilupparsi ha mestieri, anzi tutto di una difesa contro le ingiurie esterne. Il diritto in tenera età soccomberebbe sotto degli attacchi dell'arbitrio del capriccio della rozzezza, se l'aureola

(1) *Giornale per la scienza storica del diritto*, vol. 2, pag. 28.

della consecrazione religiosa nol proteggesse. In proporzione che sì fatto suo splendore religioso impallidisce, noi possiamo dedurre l'aumento della virtù propria del diritto; e quanto maggiore è la vocazione di un popolo alla cultura del diritto e dello Stato, più per tempo egli può fare a meno dell'appoggio della religione, perchè allora egli giunge più presto a reputare il diritto e lo Stato sacri per sè proprio, e non già in contemplazione degli iddii.

Ora a noi sta dinanzi un popolo, il quale, da un canto fu predestinato a coltivare quelle due instituzioni, e dall'altro mostrossi sempre osservantissimo della religione. Non potremo rinvergare la relazione pratica che correva tra la religione ed il mondo romano che lorquando ci occuperemo delle qualità caratteristiche dello spirito romano (cap. 14). Adesso invece che c'intratteniamo tuttavia di quei principj originatori del diritto romano, che rimontano per avventura assai più in là di Roma, ci conviene restringerci ad investigare qual parte prendesse il principio religioso nella costruzione di quel mondo, e le vestigia dell'influenza religiosa nel diritto e nello stato più antico. Codesta influenza, col progresso del tempo, diminuì più che non crebbe; laonde, dovunque ella ci viene casualmente palesata in tempi posteriori dalle testimonianze istoriche, ci è concesso di ammetterla, almeno in grado eguale, anche pei tempi più antichi.

Nella nostra esposizione noi pigliamo le mosse dall'idea del *Fas*, che racchiude in sè tutta quanta l'influenza che ebbe la religione sullo Stato e sul diritto (1). Il *fas* comprende così la religione, in quanto ella assume una forma giuridica (e quindi, nell'attuale nostro linguaggio, il diritto ecclesiastico) come anche il diritto privato ed il pubblico, in quanto ai loro rapporti religiosi. Sì fatta distinzione, benchè l'istesso *fas* non l'annunci, ci sarà pure di gran vantaggio per determinare con precisione l'am-

(1) La radice sanscritta *bhâ*, d'onde s'usa di derivar questa voce, significa risplendere, indi le parole greche φαίνειν e φάος luce. Pott, l. c., p. 194: s'approssimano a queste voci φημί e *fàri* dalla radice *bhash* (parlare). Pott, p. 271. Tra le voci *risplendere, mostrare* e *dire* (mostrare a parole) corre quell'istessa relazione che accennammo altrove in *dicere* (p. 124, n. 1). Quindi *fas* significa etimologicamente *ciò che risplende, la luce*, ovvero il *cenno* (degli iddii), *un decreto divino*, a guisa di *fatum*.

piezza sua. Quindi il *fas* s'accompagna al *jus*, che noi apprendemmo a conoscere nel capo IX; sì fatto associamento è di grave importanza. Esso ci dimostra di già compiuta in Roma, fino *ab antico*, quella separazione tra il diritto religioso ed il profano che invano cercasi nell'oriente.

Il diritto universo non ha un carattere religioso; la sostanza religiosa non scorre, se lice dirlo, per tutto quanto l'organismo; ma Iddio e l'uomo, la religione e lo Stato, si separarono di già piantando ciascheduno i propj confini. Il *jus* è una statuizione umana, quindi soggetto a mutarsi e correggersi. La virtù sua obbligatoria dipende soltanto dalla convenzione comune del popolo, la sua inosservanza non lede che gli interessi umani. Per contrario il *fas* si fonda sulla volontà degli iddii; quindi è immutabile, finchè non piaccia agli iddii di innovarlo; chi lo trasgredisce offende direttamente gli iddii. Può dirsi che il diritto romano col *fas* guarda l'oriente, e col *jus* l'occidente; il primo è il suo lato fisso, il secondo il progressivo. Tale dualismo del diritto così effigiato nella lingua (cioè pienamente compreso) che a noi fassi incontro al primo entrare in questa materia, prova di già la virtù analitica dello spirito romano. Per rispetto all'istoria della civiltà, ella è una apparizione significantissima, e segna un gran passo fatto dalla coscienza umana.

Sì fatto dualismo annunciavasi anche esteriormente con diverse autorità incaricate di applicare quei due lati del diritto? Senza dubbio. È bensì vero che la realità comprendeva in sè la pienezza della podestà religiosa; ma se è vero, come narralo la leggenda, che di già Romolo elesse un augure da ogni tribù, che Numa instituì il collegio dei pontefici, ed anco quello dei feciali, ciò vuol dire che l'introduzione di quei tre uffici si perde nella più remota antichità, ch'essi sono degli ordini primitivi che Roma conobbe. Ma coloro che occupavano sì fatte cariche erano i sostenitori ed i conservatori del *fas*. Agli ufficiali civili spettavano bensì le funzioni religiosi indispensabili al loro impiego, verbigrazia gli auspici ed i sagrificj; ma i dubbj, le contestazioni, i mancamenti verso le ordinanze religiose erano di esclusiva competenza di quelli ufficiali religiosi (1). Pare che l'ufficio

(1) In quanto ai *pontifices* ciò è noto abbastanza; in quanto ai feciali io non posso che rimettere il lettore alle opere che ne trattano, verbi-

loro fosse nell'origine poco più che consultivo; ma, come accadde sì spesso altrove, anche qui il parere acquistò col tempo l'autorità di un decreto. Se non altro il collegio dei pontefici si può risguardarlo come un tribunale ecclesiastico. S'egli perciò richiama alla memoria i tribunali ecclesiastici dell'età di mezzo, non dobbiamo nè anco peritarci di paragonarlo con essi distintamente. Noi intendiamo di esaminare più d'appresso quanta influenza avesse sul diritto civile romano codesta giurisdizione ecclesiastica. Egli è veramente un fatto meraviglioso di vedere assegnate al *Pontifex maximus* presso che le istesse materie del diritto civile, in cui nell'età di mezzo (più che dieci secoli dopo) s'ingerì l'autorità legislativa del *Pontifex Romanus*; e di vederle trapassare, così foggiate dal collegio pontificale, e rispettivamente dai tribunali ecclesiastici, colla procedura nei tribunali contemporanei. Il *fas* dell'antica Roma è il *jus canonicum* della posteriore; così in un'epoca come nell'altra esisteva il *jus utrumque*, in cui dovevano essere addottrinati i giudici ecclesiastici ed i temporali. Come fu osservato da Rubino (1), al *jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset* (Cic. Brut. c. 42), apparteneva nominatamente il diritto di famiglia, e fino le Pandette conservano delle tracce di questa giurisprudenza pontificale.

Se un matrimonio era stato validamente celebrato, se avevasi trasgredito un impedimento, se v'era paternità o parentela legit-

grazia a Rubino, l. c., pag. 170 e seg. Nella formola solenne presso di Livio I, 32, si accenna espressamente il *fas : audiat fas*. I fonti riferiscono molte decisioni degli auguri intorno al *fas*, a modo d'esempio quella celebre di Atto Navio (Livio I, 36) ed altre. Rubino, p. 219, 220.

(1) Per quanto io conosco, Rubino fu il primo (pag. 218 della sua opera) che rilevò e dimostrò in alcuni punti la relazione che correva tra il *jus civile* ed il *jus pontificium*. Così piacessegli di accrescere la sua fama trattando distesamente questo subbietto, ond'egli a ragione si aspetta delle importanti rivelazioni sulla via percorsa dalla romana giurisprudenza nel suo svilupparsi! L'opera di Hüllmann, il *jus pontificium dei romani*, non avanzò di molto questa materia dal lato per cui ella presentemente ci interessa.

tima, tutto questo (son parole di Rubino) *influiva, non solo sull'obbligo al lutto, sulla celebrazione dei sacra, sull'espiazione dell'incesto, ma eziandio sui rapporti civili. Lo stesso seguiva nel diritto sulle cose, verbigrazia, nelle controversie sulle proprietà, qualunque volta trattavasi di distinguere i luoghi santi dai fondi privati, ma specialmente nelle eredità pei sacra connessi colle medesime, ed in altri casi parecchi. Indi ebbe origine quella reciproca influenza, per cui le regole prescritte in un diritto non poterano trasandarsi nell'altro. Tuttavia si può ritenere che nei più antichi tempi i sacerdoti, per essere più istruiti, avessero per questo rispetto la soprastanza.*

Ma l'influenza dei *pontifices* sul diritto civile era ben più immediata di quello non pensi Rubino; egli è verosimile che v'avessero delle azioni che non potevano proporsi che dinanzi al tribunale ecclesiastico (1), ed altre che, quantunque dovessero prodursi davanti al tribunale temporale, nondimeno supponevano una previa decisione del collegio dei pontefici sopra una quistione pregiudiziale concernente il *fas*. Oltre gli esempj di già allegatine da Rubino e nella nota, io annovero siccome instituzioni che furono sviluppate dal diritto ecclesiastico, la dottrina del tempo (2),

(1) A questa classe apparterrebbero, a mio credere, le pretese riferentisi alla sepoltura, e però specialmente l'*actio funeraria* (che più tardi fu trasportata nell'editto del Pretore; ma che nella sua architettura dimostra chiaramente di non essere nata sotto dell'influenza delle idee civili), la *legis actio sacramento* (veggasi più innanzi). Il collegio pontificale ai tempi di Papiniano poteva ancora costringere l'erede all'erezione del monumento impostagli dal defunto nel suo testamento, l. 50, § 1, *D. de her. pet..... tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.* — Era contrario alla logica rigorosa del diritto civile che fossero riservati i *jura sepulchrorum* all'indegno che privavasi dell'eredità (l. 33 *D. de relig.)* ed al *suus heres* che se ne asteneva (l. 6 ibid.); ed io sarei tentato di attribuire sì fatta inconseguenza all'azione del diritto ecclesiastico.

(2) Principalmente per rispetto alla *computatio civilis*, sull'applicazione della quale a costituire la *manus* per mezzo dell'*usus*, Gellio III, 2, ci ha conservato una decisione del pontefice Quinto Mucio; per rispetto al giorno intercalare e simili.

quella della *pignoris capio* (1), quella del *votum* (2); i romani istessi accennano l'*usucapio pro herede*. In alcuni affari legali, verbigrazia, nella celebrazione del matrimonio colla *confarreatio*, nella *arrogatio*, e nel *testamentum* in *comitiis calatis* consultavasi il *Pontifex maximus*, ovvero tutto quanto il collegio; e con ciò venne somministrata alla giurisprudenza ecclesiastica l'occasione di influire sopra la teoria di questi affari (3). Conviene che la giurisprudenza ecclesiastica abbia concorso eziandio a costituire il diritto criminale, da poi che la posterità apprese dai libri pontificali, che sotto dei re era permessa la *provocatio* dalle loro condanne penali al popolo; nè certamente quei libri avranno accolto questa notizia senza d'una ragione pratica. È duopo quindi di ritenere che il collegio dei pontefici intervenisse, per una guisa a noi ignota, alla *provocatio;* ed il carattere religioso del diritto criminale più antico, che ci riuscirà manifesto più avanti, rende molto probabile, che tale intervento non si limitasse al caso della *provocatio*, ma ch'egli seguisse, quantunque volta nel delitto scorgevasi un'offesa agli iddii. Si disputa se l'autorità penale propria dei *pontifices* si restringesse ai delitti commessi da persone

(1) In quanto ella riferivasi al diritto ecclesiastico. Le leggi delle dodici tavole ne trattano sotto questo rispetto. Gajo IV, § 28.

(2) Votandosi gli impiegati, ovvero il popolo, era costume che il *Pontifex maximus* dicesse loro la formula del voto. Liv. XXXI, 9; XXXVI, 2; XLI, 21. Valerio Massimo VIII, 1, § 12, encomia Metello perchè *senex admodum pont. max. creatus tutelam ceremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante neque.... gessit. Brissonius de vocibus ac formul.*, lib. 1, cap. 128.

(3) * Rubino osservà con ragione, pag. 215, che in queste occasioni non si trattava dei *sacra* nè esclusivamente, nè in ispecialità. Altri esempi possono addursi in prova dell'influenza che il *fas* ebbe sul *jus:* verbigrazia nel *fas* rinveniamo una *excusatio* a motivo di tre figli (Gellio, I, 12) che vediamo ripetuta nella tutela *(Inst. pr. de excus. tut.)* Il *fas* ha la caducità degli auspici (Festo, *caduca auspicia)* e similmente v'ha la caducità nel diritto ereditario. Anche la distinzione di *res* e *personae*, messa a fondamento del sistema del diritto civile, la si ravvisa adoperata negli *indigitamenta* (gli elenchi degli Iddii) come fondamento della divisione degli iddii.

ecclesiastiche verso della religione (1). Ma il fatto che il rapitore di una vergine vestale era da essi dannato a morte (2), è un esempio il quale prova un'estensione maggiore di quella loro podestà punitrice.

Se dessimo retta ai racconti di alcuni che vissero nell'età successive (3), la conoscenza, l'incremento, e l'uso del diritto civile sarebbero stati di esclusiva spettanza di quel collegio. Ben però si appongono i nostri critici moderni negando di aggiustar fede a questa notizia, in quanto par loro incredibile che il diritto, da patrimonio comune del popolo, siasi trasmutato in una dottrina segreta dei Pontefici. Ma d'altra parte essi vanno tropp'oltre, lorquando vorrebbero ridurre quella notizia al semplice fatto, che le formole degli affari legali si conservassero specialmente dai Pontefici (4). Perchè nascesse quella tradizione concorde, che i Pontefici applicassero il diritto e ne guardassero il segreto, conviene che questi avessero una parte importante nell'amministrazione della giustizia, e quindi una giurisdizione non circoscritta agli interessi meramente religiosi, ma estendentesi alla vita civile, al commercio legale privato. Occorre impertanto di scoprire un rispetto che ci somministri la causa di questo propagamento della giurisdizione ecclesiastica agli affari profani, cioè di addurre un mezzo, una forma, con cui sì fatti affari si collegavano colla religione, e si induceva la competenza del tribunale ecclesiastico. Il giuramento promissorio è di questo genere; lo si può aggiungere a qualunque affare legale per convalidarlo. Il commercio è solito di ricorrervi specialmente quando il diritto intralcia il suo libero movimento (5). Quegli affari che

(1) Geib, *Istoria della procedura romana*, sostiene che l'autorità dei *Pontifices* era circoscritta in questi limiti.

(2) Livio XXII, § 17.

(3) Verbigrazia Pomponio, nella l. 2, § 6, *D. de orig. jur.* Valerio Massimo II, 5, § 2. Anche Livio IX, 46, fa menzione d'un *jus civile repositum in penetralibus pontificum.*

(4) Rubino, l. c., p. 225.

(5) Tanto accadeva nell'età di mezzo all'epoca dell'introduzione del diritto romano, per rispetto ad alcune disposizioni di esso contrarie alle idee ed alle consuetudini in vigore, verbigrazia al divieto delle rinuncie ereditarie. Come pure per rispetto alla proibizione dell'usura, sì opposta ai bisogni del commercio, sancita dalle leggi canoniche.

giusta le leggi son nulli, quelli che soggiaciono a delle restrizioni gravi al commercio, dal campo del diritto si rifuggono in quello della religione; ed il giuramento, a malgrado che manchi della coazione esterna, è di regola un vincolo obbligatorio efficace quanto il diritto. L' uso del giuramento fu sino dagli antichi tempi famigliare ai romani (1). Gli impiegati giuravano l' ufficio loro; al momento della recluta i soldati prestavano il giuramento di servizio (*Sacramentum*) e poscia il giuramento di campo (2); e si obbligavano reciprocamente con giuramento (in origine spontaneamente, in segoito comandati) di non fuggire, di non lasciare, se non per certi motivi, le file (3) e simili. Dionigi ci attesta espressamente l'uso del giuramento promissorio nel commercio giuridico (4), e parecchi argomenti, parte avvertiti, parte trasandati, ne convalidano la testimonianza. Gli istessi romani hanno di già avvertito che l'*etimologia* della voce esprimente la promessa solenne allude ad una instituzione obbligatoria religiosa (5). Ch' ella fosse il giuramento lo dice Festo interpretando *consponsor* per *conjurator* (6). Conviene inoltre os-

(1) Presso di loro adoperavasi assai di frequeote anche il giuramento assertorio per decidere le controversie così in giudizio come fuori. Le dichiarazioni intorno al censo erano accompagnate dal giuramento. Liv. 48, 14, *commune omnium civium jusjurandum.* Gellio IV, 20: *De uxoribus solemne jusjurandum.* Huschke, *Costituzione di Servio Tullio*, pag. 574.

(2) Gellio XVI, 4.

(3) Ruperti, *Manuale delle antichità romane*, parte II, pag. 883.

(4) Dionigi I, 40.

(5) Festo, alla voce *spondere..., ex Graeco dictum ait, quod ii* σπονδὰς *interpositis rebus divinis faciant.* Gaj. III, § 93, *quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.* σπένδω, σπονδή in origine significa la libazione, indi σπονδαί conchiusione della pace, alleaoza, perchè precipuamente in questi atti costumavansi le libazioni.

* Colle cose anzidette hanno relaziooe gli sponsali: *sponsalia, sponsi, consponsi* e simili. La solennità romaoa degli sponsali non costituiva un' obbligazione, ma era una promessa giuridicamente inefficace, che obbligava soltanto moralmeote. Veggasi anche la nota (2) della pag. 216.

(6) *Sub voce: consponsor.* Non so se questo argomento importantissimo sia stato avvertito da qualche altro; ma non lo rinvenni nell' opera più recente che tratta della *sponsio*, e che la risguarda siccome

servare il carattere fuor di dubbio religioso della *sponsio* internazionale (1) e l'indizio che ci somministra l'etimologia nelle parole *jurare* e *juramentum*. Per qual via giungono esse a questo significato? Elle vengono da *jus* legame, diritto; e quindi nella traduzione letterale elle suonerebbero: costituire un vincolo, una lega un diritto, e rispettivamente un mezzo di vincolare, un mezzo di diritto. Che se nella lingua furono adoperate esclusivamente nel sentimento di giurare, di giuramento, io credo se ne possa indurre che obbligarsi, costituire un diritto e giurare dovettero lungamente significare lo stesso. L'effetto dell'obbligarsi si dimenticò più tardi per la causa, il giurare; indi l'ultimo significato della voce *jurare*.

La giurata conferma della promessa si sarà praticata nominatamente quando quest'ultima sarebbe stata per legge inefficace (2). Se non osservavasi il giuramento, se insorgevano dubbii o controversie sul medesimo, il mezzo più ovvio di togliere le difficoltà era di ricorrere ai *Pontifices* (3). Io non deciderò s'essi, a modo dei tribunali ecclesiastici del medio evo, citassero a discolpa dinanzi a sè colui che avea prestato il giuramento, che noi chiameremo il reo. Ma, convenendo ambe le parti, seguiva l'investigazione e pronunciavasi la sentenza dopo che (a mio credere) l'una e

una promessa fatta colle solennità religiose (Girtanner: *La fidejussione giusta il diritto civile comune*. Jena 1850, lib. 1, c. 3, § 3. Se *consponsor* corrisponde a *conjurator*, allora lo *sponsor* è colui che s'obbliga con giuramento ad adempiere una promessa. Del resto anche altri scrittori riconobbero la forma sacra delle obbligazioni, verbigrazia Huschke, il *Nexum*, p. 101, 102. Danz, *Istoria del diritto*, v. 2, pag. 107.

(1) Osenbrüggen, *De jure belli et pacis*, pag. 77 e seg. Consegnavasi all'inimico il capitano che aveva conchiuso una *sponsio* non approvata dal popolo: *ut populus religione solvatur*, ovvero *ut populus R. scelere impio sit solutus*. Cicerone, *De leg.* II, 16, parlando del *votum* adopera la voce *sponsio*: *voti sponsio, qua obligamur deo*.

(2) A modo d'esempio i contratti tra cliente e patrono; indi venne forse la *jurata operarum promissio* del liberto mantenutasi nel diritto nuovo. — Come pure la promessa cui mancava il subbietto d'una cosa. Veggasi il secondo sistema.

(3) Dionigi II, 73. Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν.

l'altra parte aveva depositato, pel caso che rimanesse soccombente, una somma (*Sacramentum*),la quale devolvevasi tosto dopo a qualche tempio. Codesta somma era, giusta l'esito del processo, una pena o del giuramento infranto, ovvero della falsa imputazione di spergiuro. Avendo i Pontefici voce di profondi conoscitori del diritto, ed il loro tribunale sopravanzando quello del giudice civile tanto in riguardo alla permanenza dell'autorità, quanto in quello d' una pratica e d' una tradizione costante, le parti si saranno rivolte per la decisione delle loro controversie al tribunale ecclesiastico anche quando non trattavasi di giuramento. La sua competenza (se qui è lecito parlare in genere di competenza), si poteva fondare quando che sia mediante la prestazione di un giuramento sulla controversia; forse anche il giuramento fingevasi, di guisa che non occorreva che il deposito del *Sacramentum* (1). È questa la *legis actio Sacramento* nell' originaria sua forma. Quanto più di rado prestavasi effettivamente il giuramento, era tanto più facile di abituarsi ad attribuire all'*actio Sacramento* (che in origine significava un'azione munita del giuramento, poi che *Sacramentum* non voleva dire altro che giuramento (2))

(1) Il deposito seguiva, giusta la testimonianza di Varrone, presso del *pons.... ad pontem deponebant.... qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat. De L.* V, 180. Il *pons* era il *pons Sublicius*, donde Varrone derivò il nome dei *Pontifices (idem* V, 15), e sul quale questi dovevaoo offrire i sagrifici. Ruperti: *Manuale delle antichità romane*, par. II, sez. 2, p. 565. Il deposito facevasi adunque presso dei *Pontifices*.

(2) Fu usato in questo sentimento anche nei tempi posteriori, specialmente nel giuramento dei soldati. Che *sacrare*, *sacramentum* o simili, anche prescindendo da questo caso, si riferissero specialmente al giuramento, io lo ritraggo altresì dal segueute passo di Festo: *Sub voce Sacramento dicitur quod* [*jurisjurandi sacrati*]*one interposita actum est* [*unde quis Sacramen*]*to; dicitur interrogari, quia* [*jusjurandum interponitur*], *etc. Sub voc. Sacrosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum, etc.* Del resto occorre appeoa ch'io faccia osservare, che il significato della parola *Sacramentum* non è che uoo degli argomenti che sorreggono l'opioione da me adottata nel testo; ma che la prova effettiva della sua verità risiede nel tutt'insieme. Debbo aozi aggiungero ch'io ho avvertito quell'argomento soltanto dopo che mi vidi indotto dal tutt' insieme ad accogliero l'opinione da me propugnata.

il senso di un' azione accompagnata da una pena di soccombenza, ed a *Sacramentum* quello del deposito di soccombenza. Niente impediva che si trasferisse al tribunali civili questa forma di procedura, spogliandola dei suoi accessoril religiosi, in quella guisa che parecchi secoli dopo trapassò nei tribunali civili la procedura formatasi nel tribunali ecclesiastici del medio evo. Ma ciò fatto la multa di soccombenza non doveva di necessità devolversi più agli Iddii, ma allo Stato (1).

Le vedute preaccennate spiegano come il collegio dei Pontefici giungesse ad ottenere, nei subbietti meramente civili, una giurisdizione sì ampia e generale, da dare origine alla voce che i soli *Pontifices* amministrassero la giustizia civile. L'*actio Sacramento* somministrava una forma corrispondente alla accennata virtù attrattrice del collegio pontificale, applicabile in qualunque occasione. Ciò che domandavasi ai *Pontifices* era più tosto un parere, che una sentenza, nel sentimento che si dà oggigiorno a questa parola, come risulta tuttavia dalla formola di prolazione: *Sacramentum justum esse*, e dall' ufficio generale del giudice romano, di che abbiam detto nel capo 6. Ma questo parere lo si chiedeva e lo si dava con certe forme; ed era naturale che nessuno sentisse tanto innanzi nella procedura e nella pratica del tribunale ecclesiastico quanto i Pontefici. Indi escì posteriormente la favola che i *Pontifices* tenevano occulto il diritto civile.

Il diritto romano deve certamente assai alla pratica del tribunale ecclesiastico, non solo a cagione della sua intelligenza e delle sue cognizioni relativamente superiori; ma ben anco, e più ancora perchè in esso, prima che altrove, potè formarsi e formossi in effetto una pratica costante. L'amministrazione della giustizia non era qui affidata ad un individuo, come avveniva nel re, nel console, nel pretore, ma ad un' autorità collegiale; e ciò che più monta, ecclesiastica. La virtù della tradizione bilanciava qui l'influenza delle opinioni individuali, e quindi i cangiamenti nei membri del tribunale erano innocui. E però il

(1) Gaj. IV, § 17, *in publicum cadebat* (nella procedura dinanzi al tribunale civile), Festo, *Sub voc. Sacramentum.... quod consumebatur in rebus divinis* (in quella presso del tribunale ecclesiastico).

tribunale ecclesiastico servì di mezzo per assodare e determinare il diritto, prima fluttuante ed indeterminato.

Col collegio pontificale, ch' era l' autorità in cui manifestavasi esteriormente il *Fas*, noi ci siamo per avventura dilungati di troppo dai tempi più antichi: ora vi ritorniamo, per apprendere a conoscere le relazioni che correvano in origine tra la religione, lo Stato ed il diritto.

Appena entrati sul terreno ci si fa incontro l' influenza della religione. Gli iddii, lo Stato e gli individui se l'erano egualmente diviso; ma non solo la terza parte propria degli iddii ne gode la protezione; anche le mura della città, i confini dei fondi privati, come pietre, alberi e fosse, i frutti dei campi e simili vi compartecipano, e chi guasta le mura, o smove i termini, o ruba di notte i frutti, offende gli iddii, e si attira il loro sdegno ed il più severo castigo.

Ma, più che del terreno, gli iddii si pigliano cura del mondo morale che sopra di quello s'innalza. Lo Stato coi suoi ordini è, a mezzo della consecrazione religiosa, posto sotto del loro patrocinio, è convertito, diciamo così, in un edificio divino, in cui non può intraprendersi cambiamento di sorta senza la volontà degli iddii che vi posero lor dimora. Laonde chi attenta a questo ordine sacro si rende colpevole anche verso degli iddii. Non v' è in questo edificio alcuna parte che non sia sacrata a qualche speciale divinità. *I Romani non sanno immaginarsi una riunione politica separata dalla religiosa ;* quindi non solo ogni *gens*, ogni curia e tribù possedono il loro culto speciale; ma ben anco, quantunque volta Roma vuole costituire un sodalizio politico permanente con altri popoli, ella deve entrare con loro anche in comunione religiosa. Perciò Roma accoglie gli iddii di tutti i popoli che a lei si congiungono; ed ella, dal suo canto, gli introduce al Giove Capitolino protettore dello Stato romano universo. Gli iddii sono iddii dello Stato; la loro autorità non può eccedere i limiti dello Stato; ma di necessità è ampia quanto questo, e quindi si estende in proporzione che si estende lo Stato, come d'altra parte pel suo impiccolire si restringe. Quindi

la divisione politica del popolo abolì l'unità di culto originaria (1); ad ogni Stato che si scioglieva in molti, partivasi anche la divinità in altrettante divinità speciali l'una all'altra straniera. Così la forensità, come la comunanza politica e religiosa andavano accompagnate. Chi non era cittadino non poteva onorare gli iddii di Roma, invece al cittadino ne incombeva l'obbligo; porgendo supplicazioni agli iddii esteri, egli avrebbe violato i suoi doveri cittadineschi verso dello Stato.

Chi rappresenta lo Stato ovvero un'unione politica, li rappresenta anche dinanzi agli iddii; gli impiegati sono, come tali, sacerdoti; le funzioni religiose costituiscono sempre una parte integrante del loro ufficio. Dalle persone appartenti allo Stato ecclesiastico possono essi apprendere le cognizioni dei riti; ma l'atto religioso medesimo parte da essi, la capacità necessaria venne loro conferita colla carica. Il re, e più tardi, il console sagrificano e fanno gli auspicii sì in Roma che nel campo.

È prima cura dello Stato di conservarsi propizii gli iddii (2); egli è tutt'occhi pel loro culto. Le vittime, le feste, i giuochi si

(1) Non posso fare a meno di riferire un'osservazione pertinente al subbietto, che rinvenni negli *Studi e cenni intorno al territorio, ed al culto romano antico*, di Ambrosch, fasc. I. Breslavia 1839, opera ricca di esplicazioni eccellenti. « Benchè Giove e Giunone (pag. 178) traessero l'origine da un'idea comune a tutti i Latini, pur tuttavia questa unità si sciolse in molte opinioni poi che in Alba, in Preneste, in Gabii ed in Roma sviluppossi una vita politica particolare; la divinità nazionale divenne romana, gabina e simili, e quindi eziandio la *religio Gabina* diventò estranea a Roma; in una parola: *per la separazione politica del popolo fu tolta la originaria unità nazionale di culto*; di guisa che, riunendosi col procedere dello sviluppo politico le membra sparse della nazione, si conveniva ristabilire con un contratto internazionale la comunaoza degli Iddii. Sì fatto rapporto di forensità era naturalmente reciproco. Il romano, avanti dell'ultima pace coi Latini, era tenuto in Lavinia per forastiero rispetto ai *Sacra Lanuvina*, in quella guisa che il cittadino di Lavinia reputavasi straniero in Roma rispetto ai *Sacra publica* del popolo romano.

(2) Liv. XXXVIII, 48: *Civitas, quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet.* Cicerone, *De nat. deor.*, II, 2: *Civitas, quae numquam profecto sine summa placatione deorum tanta esse potuisset.*

succedono, si espia ogni misfatto, ogni fallo che può irritare gli iddii; si osserva attentamente qualunque augurio e prodigio da cui si possa desumere la loro volontà; e se, ciò null'ostante, essi si adirano, cioè se a Roma intervengono delle disavventure, i sacerdoti e gli auguri instituiscono osservazioni esattissime per rinvergarne il motivo; ed il popolo, il Senato e gli impiegati offrono voti, fanno deliberazioni ed opere gradevoli agli iddii, onde ripropiziarli. Per qualunque intrapresa si si accerta della loro approvazione pigliando gli auspicii; con vittime e preghiere si dà cominciamento alle deliberazioni; si premettono quelle che risguardano i subbietti religiosi (1); e, giusta la loro specie, sono anche prefissi nel *Fas* i giorni in cui debbono tenersi. Le radunanze seguono in luogo sacro eziandio quando trattasi di affari temporali; e quindi in un tempio convengono le Curie ed il Senato, e gli impiegati sogliono concionare da un tempio (2).

Una lieve trasgressione del *Fas* annulla ogni atto pubblico. Ed il *Fas* non contiene solamente delle prescrizioni intorno alle solennità esterne degli affari, ma ben anco gran numero di massime politiche materiali (3). Accennammo di già altrove che la costituzione più antica era stata consacrata dalla religione; ma i rapporti tra la religione ed il pubblico diritto si mantengono ancora sotto della repubblica. Così, a modo d'esempio, contraddiceva al *Fas* che un dittatore restasse in carica più di sei mesi, così le *leges sacratae* venivano messe sotto la tutela della religione col giuramento di tutto il popolo dai tribuni che le introducevano, e chiunque le trasgrediva veniva dichiarato *sacer*. Per tale rispetto la religione tornò in qualche occasione vantaggiosa ai plebei, proteggendo i loro diritti politici; mentre invece, per l'ordinario, ella fu ad essi d'inciampo, perchè pigliava sotto della propria tutela i privilegi dei patrizii. La vecchia costituzione, perchè fu cementata con principii religiosi, divenne un fortissimo baluardo. Ai patrizii, che lo difendevano contro degli assalti dei plebei, stavano a fianco gli iddii; e le opinioni religiose sostenevano e nobilitavano la resistenza politica.

(1) * Aulo Gellio XIV, 7.

(2) Rubino, l. c., pag. 241.

(3) Laonde, chi voleva proporre una legge, era solito di aggiungervi la seguente clausola, che evidentemente deriva dai più antichi tempi: *Si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogato.*

Lo Stato ricorreva al giuramento, a guisa dei particolari, per raffermare i suoi obblighi. Del giuramento dei soldati, degli impiegati e di tutto il popolo dicemmo altrove; ma il caso precipuo era quello del contratto internazionale, fosse poi egli stato conchiuso dal solo capitano sotto riserva della ratiabizione — (la *sponsio*), ovvero dai feciali (il *foedus*) per incarico avutone dal popolo (1). L'appoggio della religione era, più che altrove, necessario al diritto internazionale, che in qualunque epoca con somma difficoltà riproduce l'idea del diritto. Gli iddii d'ambe le parti vegliavano gli impegni giurati; e quindi anche i documenti che vi si riferivano custodivansi nel tempio di Giove capitolino, centro religioso dello Stato universo (2). Laonde il dichiarare la guerra ad un popolo, con cui s'era convenuto un simil trattato, era una questione religiosa; ed occorreva perciò di instituire anzi tratto un processo internazionale religioso contro del popolo fedifrago; e che i feciali poscia pronunciassero quella guerra essere un *purum piumque bellum*. Deliberata la guerra, la si denunciava solennemente. Di tal maniera i riti accompagnavano così la pace come la guerra.

Il diritto criminale è quella parte di legislazione in cui presso di tutti i popoli, giunti che sieno ad un certo grado di sviluppo, la religione spiega una efficienza maggiore. Il diritto romano avvera sì fatta osservazione. Nel diritto privato ci riuscì a stento di scoprire le tracce dei rapporti religiosi (3); invece nel criminale l'idea religiosa ha fermato propriamente la sua sede. I due concetti fondamentali di questo diritto, il delitto e la pena, appajono nei tempi più antichi sotto di questo aspetto; cioè il delitto lo si risguarda come un'offesa della divinità, e la pena siccome un'espiazione. Se noi c'intratteniamo alquanto più lungamente di questo

(1) Il nome di *pater patratus*, di colui che prestava il giuramento non trarrebbe per avventura la sua origine dall'idea ch'egli rappresenta il popolo romano verso dell'estero, come il padre i figli? Se ciò fosse la *noxae deditio* pubblica corrisponderebbe, pel principio donde deriva, alla privata che incombeva al padre rispetto ai figli.

(2) Hartung, *La religione dei romani*, vol. 2. pag. 11.

(3) Le abbiamo accennate a suo luogo; e sono la conchiusione del matrimonio colla *confarreatio*, la giurata conferma dei contratti, l'intervento dei *Pontifices* alla *arrogatio* ed al *testamentum in comitiis calatis*.

subbietto, ciò accade perchè qui non trattasi solamente di alcune vestigia del principio religioso, ma d'una veduta fondamentale, d'un principio originatore di tutto quanto il diritto penale, a noi per insino ad ora sconosciuto.

Non si avvisava per un oltraggio agli iddii qualunque ingiustizia, qualunque trasgressione, per ciò solo che seguitavala la *vindicta* individuale, o la punizione del re. Il ladro, il rapitore avevano offeso gli uomini, e questi soli avevano ragione di punirli. Ma certi delitti importavano altresì un' offesa agli iddii, ed in capo al colpevole si rovesciava la collera e la vendetta loro. La profanazione delle are, lo stupro di una vestale importavano un oltraggio immediato agli iddii; la maledizione dei parenti maltrattati dai figli, la querela del cliente tradito dal suo patrono si innalzavano fino alla divinità; il sangue versato invocava la vendetta celeste. Non possiamo divisare quali fossero i delitti di questa specie; ma è certo che si distinguevano i delitti che ingiuriavano soltanto gli uomini da quelli che oltraggiavano insieme gli iddii. L'effetto di questi secondi, che d'ora in avanti chiameremo più specialmente *delitti*, era che il delinquente diventava *homo sacer*, cioè sacrato agli iddii, incorso nella sua collera. Ciò non era tanto una pena, quanto una condizione del colpevole, che nasceva issofatto dal suo delitto; la condizione di uno scellerato respinto dalla società e dalla religione.

Sì fatta condizione dell'*homo sacer* era, a mio avviso, l' effetto necessario di ogni azione che anticamente risguardavasi siccome un delitto. Il delinquente aveva incorso la vendetta degli iddii e degli uomini, e quindi era escluso dalla loro comunanza fino a tanto che non si fosse riconciliato. Qual uomo impuro egli non poteva accedere alle are per placare con sagrificii le divinità indignate (1), e gli uomini sfuggivano il suo consorzio come quello di un infetto, se qualcheduno non reputava forse un atto meritorio di toglierlo dal mondo; ciò che era permesso di fare a chiunque (2). Ma in nessun caso egli poteva rimanere tra i suoi

(1) Festo, *Sub voc. sacer.... neque fas est eum immolari* (leggasi *immolare*).

(2) Per non aver saputo trasferirsi col pensiero nell'età antica, si è negata questa facoltà, ovvero, ciò che torna il medesimo, la si è ristretta al caso in cui il delinquente fosse stato dichiarato *sacer* con sentenza.

compagni in quello stato di colpa; non si poteva compartecipare con lui ai beni dell' umana società, e tra questi principalmente all'acqua ed al fuoco, simboli della purezza, senza contaminarli; tollerando il consorzio di chi aveva sprezzato gli iddii si incorreva la complicità del suo fallo. Era tra gli antichi generale l'opinione che, accadendo un delitto, si correva pericolo che l'ira degli iddii non si restringesse al delinquente, ma si estendesse anche alla comunanza cui apparteneva (1). Ora, com'è noto, i romani erano assai scrupolosi circa alle cose della religione, e facevano grandissimo conto della purezza e della purificazione religiosa tanto degli individui quanto del popolo (2). Indi s' inferisce il motivo per cui, benchè il delinquente fuggendo fosse uscito dalla comunanza, il popolo nulladimeno ne decretava l' espulsione. Era questa l'*aquae et igni interdictio*. Non è ella un esiglio ordinario; ma si riferisce alla religione, e dimostra col fatto lo studio di mantenere pura la società, allontanando da essa gli elementi che la corromperebbero. Ed in effetto il fuoco (3) e l' acqua, simboli della purezza, non poteva essere che mancassero in qualunque atto rivolto a fondamentare un sodalizio avente

Non è questo il luogo di entrare in una polemica diffusa; ma il passo di Festo. *sacer mons*, che apparentemente appoggia questo sentimento colle parole: *homo sacer est, quem populus judicavit ob maleficium*, viene contraddetto dalle parole che immediatamente lo seguono: *nam lege tribunitia prima cavetur: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit* (e quindi giusta il linguaggio legale dei romani: *immediatamente, issofatto, ipso jure*, come dicevasi tecnicamente), *occiderit, parricida ne sit*. Laonde quelle parole: *quem populus judicarit*, significano: colui ch'era incorso nella giustizia popolare, cioè colui ch'era stato condannato dal popolo, ch'è quanto dire dalla moltitudine.

(1) Quindi i giuranti usavano di aggiungere all'invocazione del castigo celeste; so spergiuravano, una riserva in favore della communanza, Festo, *Sub voce lapidem...si sciens fallor, tum me Diespiter, salva urbe arceque, bonis ejiciat*, ecc.

(2) Ricordo la *censualis lustratio* del popolo, la purificazione dei fanciulli (Festo, *Sub voc. lustrici)*, della famiglia del trapassato (Festo, *Sub voc. denicales)* il *piaculum* per l'Orazio assolto (Liv. I, 26) e simili.

(3) Indi è spiegata la coincidenza di πῦρ fuoco con *purus* puro, *exfir* mezzo di purificazione (Festo, h. v.) *februare* purificare.

rispetti religiosi, verbigrazia, nei sagrifizii che congiungono Iddio agli uomini, nel conchiudere le nozze, le alleanze e simili (1). Laonde la patria non sottrae queste cose al delinquente fuggitivo, perchè elle siano gli elementi indispensabili alla vita, come si pensa comunemente; ma bensì a mezzo di codesti simboli di una comunanza intemerata, lo si discaccia dalla società ch' egli contaminerebbe colla sua presenza. Tutto ciò ch' egli abbandona si avoca al tempio e si destina al culto degli iddii (2), e la comunanza, ripudiando por tal modo così la persona come la sostanza del malfattore, può aspettarsi con fiducia dagli iddii che non richiedano da essa l'espiazione del debito d'uno de'suoi membri.

Ma d' altra parte la maledizione degli iddii e degli uomini pesava a vita sull'*homo sacer;* e qualora egli si fosse arrischiato di far ritorno alla patria, chiunque poteva trarlo dal mondo. Non v'era tuttavia un qualche mezzo di sfuggire questa perpetua miseria, di rappattumarsi cogli iddii e cogli uomini? Se la penitenza più grave, o la morte istessa avessero potuto procacciare questo rappacificamento, non le avrebbe qualcheduno preferite ad una condizione di perpetua disgrazia? V'aveva un tal mezzo; e non occorre di dire, che questo era la pena. Noi non la figuriamo siccome un male, ma come un rimedio che libera dal male. Lo stato dell' *homo sacer* non racchiude il germe della riconciliazione, da poi che egli non importa che una separazione, e questa non si distrugge da sè; l' impuro non viene mondato dal semplice decorso del tempo; ma a ciò è mestieri un mezzo che guarisca e lavi. E però, se ci riuscirà di provare che il diritto romano più antico avvisava nella pena una purificazione,

(1) Veggasi Hartung, *La religione dei romani*, parte I, p. 198 e seg. Pellegrino: *Cenni intorno alla diversità di religione originaria dei patrizi e dei plebei*, p. 27 e seg. *Serv. ad Virg.* Aen. IV, 103: *aqua et igne adhibitis*, c. XII, 119: *Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur.* Festo, *Sub voc. facem et aqua.* Ovidio Fast. IV, 787.

(2) Intorno alla sostanza del giustiziato, Isidoro VI, 29, ci narra: *Supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia.* Le facoltà dell'*homo sacer* in molte leggi, che si riferiscono o che si accennano, vengono aggiudicate espressamente ad un certo tempio, e nominatamente a quello di Cerere, verbigrazia nelle *leges sacratae*, Livio III, 55.

noi dovremo raffigurare in essa il contrapposto diretto dell'instituto del *sacer;* il quale impertanto non si dovette risguardare siccome una pena.

Se per sì fatta quistione noi facciam capo alla etimologia, a questo testimonio credibilissimo delle idee giuridiche primitive, ella ci somministra, anche in questa occorrenza, dei preziosissimi schiarimenti. La voce *Poena*, la quale si pretende indicare precipuamente, alla maniera della parola greca ποινή, l'ammenda (1), giusta l'etimologia accenna l'idea di purezza (2); come accade in *castigatio* (*castum agere*); per questa via si purifica l'*incastus*, l'*incestus*, l'immondo; e *luere* espiare, nominatamente nella frase *poenas luere* (3), significa *lavere*, lavare, purgare. *Supplicium*, la pena capitale, etimologicamente significa placamento degli iddii (*subplacare, supplex*).

Ma sì fatta attinenza colla religione si manifesta ella effettualmente nelle pene? In quelle capitali, e che risguardano le sostanze la si può riconoscere, e fu di già raffigurata per altri. Per ciò che spetta alla pena capitale in genere, sì fatta relazione, la si ravvisò nelle *supplicationes* che praticavansi nel *supplicium:* riguardo alla sua esecuzione la si scòrse nella sospensione del delinquente all' *arbor infelix*, sacro agli iddii infernali: per la decapitazione si è posto mente alla cerimonia di velare il capo, alla rassomiglianza della scure usata nei sacrifizii (4); e fino nelle vittime umane dell'età primitiva si è preteso di scorgerne un indizio (5). Sopra tale subbietto spande altresì molta luce il

(1) Come fa, verbigrazia, Rubino, l. c., p. 460: « Colui che la sopporta *la dà (dat, solvit, pendit)*, chi la domanda *la richiede (petit, expetit, exigit)* chi l'eseguisce *se la piglia (sumit, capit, habet poenas)* ». Il Rein: « Il diritto criminale dei romani, p. 284, non vuol ravvisare nella pena altro che un soddisfacimento privato ».

(2) Pott, *Ricerche etimologiche*, vol. 1, p. 252. Hanno attinenza con questa voce *pu-rus* πῦρ, *pu-tus, pu-teus, pu-nire.*

(3) *Luere* conserva ancora il sentimento originario in *lustrum, lustratio, lustricus*, e simili.

(4) Accenno per tutti Platner, *De jure criminum Rom.*, pag. 36 e seg.

(5) Niebuhr, *Istoria romana*, vol. 1, p. 557. Rein, *Il diritto criminale romano*, p. 34.

caso notissimo dell'Orazio. *Ut caedes manifesta*, dice Livio, *aliquo tamen piaculo lueretur*, *imperatum patri*, *ut filium expiaret pecunia publica*. Laonde se l'omicida avesse sostenuto la pena capitale da lui meritata, egli non avrebbe avuto mestieri di questa espiazione.

Il rapporto tra la religione e le pene pecuniarie si appalesa manifestamente nella consecrazione delle facoltà, che si mantenne lungamente anche dopo che cessò l'instituto dell'*homo sacer* (1). Nella età avanzata si fa menziono ancora delle pene pecuniarie che destinavansi ad *pios usus* (2); ed anche per queste conviene supporre un rapporto colla religione. Ma colla *publicatio bonorum* sorse una rivale pericolosa alla *consecratio bonorum*; e nella proporzione che un comprendimento profano sottentrò al religioso nel diritto criminale, ne scapitò il *sacer* e con esso lui la consecrazione. Lo Stato avocò a sè le tolte facoltà, ogni qualvolta la religione non si opponeva (3), in quella guisa ch' egli si appropriò più tardi il *Sacramentum* ch'era in uso presso dei tribunali ecclesiastici (p. 218 la nota). Chi divide l'opinione dominante, la quale scorge altrettante pene nel *sacer* e nell'*aquae et igni interdictio*, rinviene pure degli argomenti che danno loro una qualifica religiosa. Ma, come lo fa manifesto il precedente discorso, io non inclino in questa sentenza; ed ora è giunto il momento di giustificarmi dell'opinione che porto intorno al *sacer*.

Chi tiene la pena in concetto di un mezzo di purificazione, è giocoforza che rigetti il *sacer* dal novero delle pene. Egli non può collocarlo che nel tempo che precede l'esecuzione della pena, nè dargli altra significanza, fuor che quella di uno stato di perdizione fuor della legge, donde soltanto la pena può esimere il colpevole. L'instituto del *sacer* appartiene quindi, per rispetto alla religione, a quello stato di cose che precede l'introduzione del diritto criminale, e corrisponde impertanto, nel carattere, a ciò ch'è la *vindicta publica* e la *privata* nei rapporti profani; onde giusta il concetto della vendetta, che i popoli trasferiscono agli iddii, quantunque volta l'ammettono per

(1) Verbigrazia nella *perduellio*. Cicerone, *pro domo*, c. 47. Plinio. *Hist. nat.*, 7. 47.

(2) Livio X, 23, 33, 47.

(3) Verbigrazia sotto i Decemviri. Livio III, 58, *bona publicata sunt*.

sè, noi possiamo distinguere nel *sacer* lo stato del colpevole che ha incorso la vendetta degli iddii. L'instituto del *sacer*, così inteso, diventa un precursore naturale della pena nell'ordine successivo dello sviluppo del diritto criminale; là dove, risguardandolo siccome una pena, non è possibile di scoprirne in lui il carattere. Il *sacer*, a guisa della *vindicta publica* e *privata*, induce il colpevole a riconciliarsi col mezzo della pena. Ciascuna di queste tre instituzioni insinua e dispone alla pena; questa è verso di ciascheduna di loro un progresso, un vantaggio, tanto per il colpevole, quanto per la condizione legale della società. I mali cui soggiaceva il *sacer* erano fuor di misura, la sua condizione comprendeva in fatto ogni pena afflittiva, infamante e pecuniaria; da poi che essendo il *sacer* perseguitato dalla religione e dal diritto, chiunque poteva infliggergli qualsivoglia male; e quando pure egli vi si fosse sottratto fuggendo, raggiungevalo cionondimeno la privazione del diritto e dell'onore, l'*aquae et igni interdictio* (1), non che la consecrazione delle sue facoltà. Quindi lo stato dell'*homo sacer* si può eziandio considerarlo siccome l'insieme di tutte quante le pene successive.

Per insino ad ora noi avvisammo nel *sacer* la dimostrazione del sentimento morale del popolo indignato, contro dell'opinione che non scorge in lui altro che un instituto legislativo. Anche questo ha bisogno d'uno schiarimento. Nulla osta all'introduzione del bando per via di legge; ma volere attribuire alla legislazione l'idea (ch'è pure il cardine del *sacer*) che il colpevole abbia offeso gli iddii, a me sembra così inescogitabile, come di volere originare dalla legislazione l'infamia. Il legislatore può bensì adoperare, disciplinare e trasformare delle instituzioni del genere del *sacer* e dell'infamia, quando esistano; ma egli non può riuscire nemmeno in questo, che seguitando l'idea dominante, l'avversione del popolo per colui che colle azioni proprie si è reso *sacer* ed *infamis*. L'indignazione morale, che avviva ed anima quei due instituti, non può venire indotta da un legislatore; e d'altronde

(1) Quindi ella non veniva risguardata siccome una pena. Ella era bensì un male, ma non di quelli che rappattuma il colpevole colla società. Cicerone, *pro Caecina*, c. 34: *Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt*, ecc.

ella non attende il suo arrivo per disfogarsi. Se si rinuncia a tale origine per l'infamia, abbenchè la veggiamo più tardi disciplinata dalla legislazione, non conviene peritarsi nemmeno di pensare lo stesso circa al *sacer*, perchè lo veggiamo divenuto più tardi subbietto di legislazione.

Questo sviluppo successivo del *sacer*, per cui egli ognor più si discosta dalla sua condizione primitiva, per ridursi all' ultimo ad una semplice privazione delle facoltà, non ha per noi alcun interesse.

Innanzi di lasciare l'influenza che la religione ebbe sul diritto, avvertiamo ancora come ella, in parecchie occorrenze, temperasse altresì il rigor della pena. Gli iddii di Roma, vendicando con una mano le ingiurie a lor fatte, stendevano l'altra a pro di chi era perseguitato o sprotetto. Eranvi luoghi ed epoche sacre, che sostavano la persecuzione e la pena. Dall'ira del padre di famiglia i suoi dipendenti rifuggivano all' ara domestica, e l'offensore sfuggiva la vendetta dell' offeso ricoverandosi nel tempio od in un asilo. Roma trae la sua origine dall'asilo; e quantunque questo vi intervenga siccome mezzo a fini politici, tuttavia è la religione quella che lo rende inviolabile (1). Quando facevansi i *lectisternii* si dimettevano gli odii e le dissensioni, si toglievano le catene ai prigionieri, e poscia si si faceva scrupolo di rimetterle (2). Nei saturnali (la solennità del diu che spandeva le benedizioni e le giocondità della vita) si permetteva agli schiavi ed ai delinquenti di partecipare nella allegrezza universale. I primi gustavano un momento le dolcezze della libertà, i secondi venivano sciolti dalle catene, ch'essi erano soliti di offerire alla divinità che ne li aveva liberati (3). Entrando il sacerdote di Giove (*flamen dialis*) in una casa ov' era alcuno in ceppi, il *Fas* prescriveva di liberarlo dai vincoli e di farlo escire dalla casa pel tetto. Se alcuno ch' era condotto a flagellare, incontrando il *flamen*, gettavaglisi ai piedi, si doveva per quel giorno

(1) Hartung, *La religione dei romani*, vol. 2, p. 57.

(2) Livio V, 13.... *jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, quibus eam opem Dii tulissent, vinciri.*

(3) Hartung, l. c., II, p. 125, 126.

sospendere l'esecuzione (1). Non è dubbio che, anche in altre occorrenze, la religione si sarà aperta una via attraverso la disciplina rigorosa del diritto e del civile consorzio; e che un raggio di umanità vibrato dagli iddii avrà riscaldato il mondo giuridico romano, d'altronde sì freddo.

CAPO XIII.

Indistinzione dei suddetti principj originatori.

Il carattere ordinario di una instituzione incipiente è l' unità scompagnata dalla varietà, cioè la mescolanza degli opposti, la dipendenza reciproca delle singole parti. Innanzi che si agitino e si svolgano le differenze, ch'essa racchiude in germe, è d'uopo che preceda un'epoca che sviluppi quanto più si può fortemente, benchè parzialmente, il momento dell' unità; poichè altrimenti questo correrebbe pericolo di soggiacere nella lotta prematura degli opposti principii. Codesta osservazione ci è suggerita da uno sguardo retrospettivo ai ragionamenti fatti per insino ad ora. Il carattere fondamentale del sistema di diritto da noi esposto (se noi vogliamo chiamarlo un sistema, di che più tardi tratteremo distintamente) consiste per l'appunto in quell'originaria mescolanza degli opposti, in quella dipendenza e indistinzione delle singole parti che lo compongono. Soltanto adesso, che conosciamo in particolare i principii originatori del diritto, possiamo far comprendere con poche parole il senso di questa osservazione, richiamando le considerazioni antecedenti.

È però mestieri di ricordare che ora noi parliamo soltanto della forma originaria di questo sistema, non già di quella, sotto di che egli ci si presenta in Roma, perchè ivi noi rinveniamo, sin dall' origine, delle antitesi, onde alcune furono per noi accennate di già, ed altre si addurranno quando ne avremo l' opportunità. Considerando anzi tutto lo Stato; il principio della gentilità ci dimostrò l' identità dello Stato e della famiglia, lo Stato organato a guisa d'una famiglia, e questa dotata di instituzioni politiche. Le nostre investigazioni intorno al rapporto che

(1) Gellio X, 15.

interveniva tra lo Stato ed il principio soggettivo (cap. 9) ci han fatto conoscere l' originaria identità dello Stato e del popolo, della legislazione e del contratto, della *vindicta publica* e *privata*; la descrizione dell'organamento militare ci provò l'identità degli ordini militari e dei politici, delle radunanze popolari e dell'esercito, del capitano e del re. A questo si conforma anche la religione; i sodalizi politici sono ad un tempo religiosi, la podestà politica comprende la religiosa, la peregrinità politica è anche religiosa.

Se avvisiamo invece la appartenenza giuridica dell' individuo, ci si fa innanzi la identità originaria della privata difesa e della vendetta, che dipende dal pareggiamento della sostanza e della persona, e dalla indivisibilità del diritto pubblico e del privato. La perdita di quello è perdita di questo, chi è privato di quello perde eziandio la capacità civile, e chi viene ammesso alla società politica conviene che entri anche in una qualche *gens*, cioè in una comunanza che inchiude molti rapporti di mero diritto privato. La semplice esecuzione civile importa per lo contrario la morte civile, la perdita di qualunque diritto.

Ma non occorre di accumulare più esempii! Basta di dare un'occhiata superficiale a quel sistema, per convincersi che quelle fila, che più tardi si discostano per lungo tratto l'uno dall'altro, erano in esso annodate strettamente insieme. In origine non si scorgono contrapposti fuor che nelle relazioni dello Stato verso l'estero; ma ivi il contrapponimento è apertissimo, poichè all'estero si ricusa tutto ciò che in sè racchiude lo Stato.

Abbiamo fatta menzione di un sistema primitivo di tutti codesti principii originatori; ma lo potevamo noi? Ecco il sentimento di questa domanda: potrebbe essere che il popolo romano, formatosi di diverse razze, ricevesse da ciascuna qualche elemento del suo mondo morale; che, verbigrazia, egli prendesse l' elemento religioso da quella, presso di cui preponderava la religione, il militare da un' altra, presso di cui prevalevano i sentimenti guerreschi, e da una terza l'elemento del diritto civile. Ed infatti non mancò chi sostenne, che il mondo romano uscisse da questa mescolanza; e che fece il tentamento di risolverlo ne'suoi elementi nazionali originarii (1). Ma v'hanno delle testimonianze istoriche, o

(1) Göttling, *Costituzione romana*. Introduzione.

delle ragioni intrinseche tali, che ci obblighino ad abbracciare questa opinione rispetto ai suaccennati principii originatori? L'influenza dell'interesse militare sopra della costituzione è naturale presso d'un popolo sempre agitato dalla guerra. Il principio delle schiatte si accomoda senza difficoltà allo scopo universale ed il principio soggettivo, col diritto di preda e di privata difesa che lo accompagnano, non può trovare stanza più opportuna che presso di questo popolo. Ed il principio religioso? Quantunque il sentimento religioso per sè non ripugni ai sentimenti guerreschi, tuttavia si potrebbe inclinare di preferenza a credere, che nelle vestigia del principio religioso esistenti nel diritto romano si possa discoprire gli avanzi di un sistema di diritto, con tintura religiosa, formatosi presso d'un altro popolo. Noi raduniamo qui tutte sì fatte tracce, e vi mettiamo a riscontro i punti corrispondenti del sistema profano.

Sistema religioso	Sistema profano
Fas	*Jus, vis*
Simbolo: *aqua et ignis*	*Hasta (quiris). Manus.*
Rappresentante: Numa	Romolo
Matrimonio: *confarreatio* *(fax, aqua et ignis)*	*coemtio* *(hasta coelibaris)*
Contratto: *giuramento, sacramentum* *Sponsio, foedus*	Garanzia popolare, *mancipatio* *nexum*
Procedura: *actio Sacramenti.*	Privata difesa: *vindicatio, manus injectio*, e simili.
Diritto criminale: *homo sacer.*	*Vindicta publica.*
La pena, mezzo di purificazione.	La pena, mezzo di composizione.

Ma queste tracce non bastano, a mio credere, a condizionarci a quella illazione; e nemmeno la doppia solennità delle nozze può somministrare ad essa un punto di appoggio (1).

(1) Infatti Rossbach: *Ricerche sul matrimonio romano*, ha provato che la *confarreatio* ed il matrimonio profano per la *coemptio* vennero d'una radice. Gli elementi originari del matrimonio romano furono la compera e la consecrazione religiosa; più tardi queste solennità si disgiunsero, come avvenne nel diritto indiano, dove i diversi modi di celebrare le nozze vennero parimenti da *un solo*, siccome fu provato dall'istesso Rossbach.

Benchè però il diritto romano più antico non presenti a noi delle vestigia certe di un'origine istorica sincretica; tuttavia non si può negare ch'ella sia non solo possibile, ma verosimile ancora; conviene soltanto rinunciare, almeno per ora, al tentamento di mostrare distintamente i diversi principii originari del diritto. Ma l'ammettere in genere nel diritto sì fatta diversità originaria è bastantemente giustificato dall'ammissione di una diversità nazionale negli elementi originarii della popolazione romana. Ci basti per ora di aver osservato, che non si può somministrare la prova che i diversi principii originatori da noi annoverati convenga attribuirli a delle antitesi nazionali (1).

La via che abbiamo per insino ad ora percorsa, onde discoprire le fonti del diritto romano, era sì interrotta, che dovemmo costantemente aver ricorso alle ipotesi per congiungerne i diversi rami. Benchè noi possiamo aver errato intorno a qualche particolarità (e come potrebbe accadere altrimenti in questa specie di indagini?) io reputo tuttavia di avere, nell'universale, ferito il punto. Ora ci conviene di lasciare questo terreno sdrucciolo, per volgerci al popolo romano, il quale si è posto all'opera col corredo delle idee e delle instituzioni da noi svolte sin qui.

CAPO XIV.

Essenza dello spirito romano e sua predestinazione alla coltura del diritto.

Si è osservato che i popoli sorti dalla mescolanza di diversi elementi nazionali si segnalano per vigoria di spiriti; e questa osservazione è pienamente avverata dal popolo romano, e dall'inglese, che, dei moderni, più di qualunque altro gli rassomiglia. La cagione di ciò risiede forse in questo, che il nascere di sì fatti popoli fu oltremodo doglioso, mentre loro si convenne di acquistare la nazionalità (bene che per altri popoli è frutto naturale di una lunga esistenza) con isforzi grandissimi, essendo

(1) Nel capo XIV ritorno sopra di questo subbietto dell'origine sincretica del diritto romano.

loro occorso, per ottenerla, di superare le antitesi del costume, del diritto e simili, indotte dalla diversità delle razze? Gli sforzi per cui un popolo incomincia ad esistere, hanno per avventura un'influenza durevole sopra del suo carattere? La causa è ben altra; ed è: che il processo per cui diverse nazionalità si fondono in una, non solo le stimola e le dissolve, ma ben anche non conserva di esse che la parte solida e sostanziale. Il fuoco consuma e fa svaporare le materie combustibili ed eteree, ma non intacca il metallo. Similmente quelli attributi delle diverse nazionalità, che non possono reggere a sì fatto processo, rimangono annichilati; e quelle proprietà invece che perseverano nella nazione novella hanno fatto prova di invincibile resistenza. Laonde il carattere d'un popolo formatosi di questi elementi s'avvantaggia in forza, in serietà, in vigore, in fermezza, in prudenza di quello che perde di semplicità, di candore, d'estro, e di tutti quegli altri attributi che importano certa tranquilla contemplazione della vita ed una perenne felicità esteriore. Tale carattere non è fatto per amicarsi il mondo, ma per signoreggiarlo. Codesti popoli sono obbligati a pigliare dagli altri le produzioni della fantasia, dando loro in cambio le instituzioni e le leggi. Essi invece, pel loro vedere spassionato, per la natura loro incapace di precipitazione e di volubilità, sono precipuamente chiamati a coltivare il diritto. Di ciò fanno documento al presente l'Inghilterra colle sue politiche instituzioni, in antico Roma col suo diritto privato.

Quindi l'Istoria delle origini del popolo romano è di grandissimo rilievo per il diritto. La prima scena dell'istoria del diritto incomincia dal contrapponimento, e quindi dalla critica delle instituzioni e delle idee giuridiche che recaronvi seco le tre razze: latina, sabina ed etrusca, e si compie per la scelta che d'infra quelle eseguisce il popolo romano sorto novellamente.

A dir vero l'istoria non ci ajuta ad esplorare quell'epoca remota; ella non solleva il velo che ricopre il passato, che lorquando il diritto è bello e formato. Ma possiamo noi figurare altrimenti l'epoca precedente all'istoria? Se tre popoli d'instituzioni, costumi ed opinioni giuridiche diverse, si congiungono a formare uno Stato, se da ultimo non rimane che un solo diritto, in cui non si discopre vestigio di sorta di antitesi nazionale, egli è forza conchiudere che si appianarono le ineguaglianze, com'è a dire che si abolì l'uno o l'altro dei contrapposti. A compiere

questo processo di purificazione, per cui si separò e si rigettò la scoria, non conservando che la parte nobile, non fu mestieri che intervenisse la forza. Se due idee, l'una vigorosa, l'altra debole, stanno in constrasto, la sola forza interna procaccia alla prima (se ostacoli esteriori non l'impediscono) la vittoria.

Se noi traduciamo l'avvenimento di questa vittoria, riportata nell'interesse dello Stato sulla differenza di razza, nella massima: *che in Roma il principio dello Stato e del diritto vince quello della nazionalità*, allora noi abbiamo di già scoperto in Roma, fino dal suo nascere, quel postulato, che ne riassume la successiva importanza, e ne contraddistingue la peculiare condizione ed il cómpito storico universale. Non v'ha nome a cui, come a quello di Roma, vada connessa l'idea di un conflitto tra la nazionalità ed il principio astratto dello Stato e del diritto, ovvero (se contemplisi eziandio l'importanza ecclesiastica della nuova Roma) il pensiero dei due contrapposti, della nazionalità e delle interdizioni soprannazionali universali. Il succo spirituale che Roma rinchiude è una specie di acquaforte, che posta a contatto coll'organismo vivente di una nazionalità, non solo la crucia, ma la scompone e discioglie. L'istoria di Roma incomincia vincendo la nazionalità propria; e nella sua maggiore pienezza ella ci rappresenta lo stato romano assiso sul confine tra il mondo antico ed il moderno, ed a'suoi piedi i popoli di quei tempi schiacciati e polverizzati.

Caduta questa signoria politica universale, s'innalzò nel sito medesimo l'impero universale della Chiesa; impero spirituale più possente di quello del brando; e, quasi che per ciò (tanto tempo dopo il disparire del popolo romano) venisse ridestato quell'impulso di accentramento e di espansione suo proprio, vi succede il dominio universale del diritto romano. Guai alla nazionalità se Roma se le accosta! si potrebbe esclamare per il rispetto subordinato della nazionalità. Ma se noi consideriamo che l'istoria non intende alle singolarità ed alla separazione, ma all'accomunamento ed all'unità; che l'universalità non distrugge l'individualismo degli uomini e dei popoli, ma anzi lo innalza e lo nobilita, allora non più avviseremo in Roma l'angelo sterminatore delle nazionalità, lo spirito di negazione; ma sibbene il rappresentante ed il propugnatore del concetto dell'universalità messo incontro all'impero angusto e parziale della nazionalità,

Egli è vero che Roma non potè condurre a termine la sua impresa senza venire a contatti dolorosi alle nazionalità straniere. Come la punta del brando romano impresse delle sanguinose ferite ai popoli del mondo antico, così l'acutezza dei principj, per cui si segnala il diritto romano, offese la vita giuridica nazionale del mondo moderno. Ma le ferite ed i dolori furono il prezzo della guarigione.

Per tale riguardo noi salutiamo il popolo romano al suo entrare nel mondo colle belle parole di Husehke (1) *come uno di quei popoli centrali, in cui si riuniscono, come in un fascio, gli elementi sparsi dell'umanità.* Poichè l'istoria del suo formarsi ci ha porto occasione di parlare della sua missione e delle sue proprietà particolari, e poichè col procedere delle nostre investigazioni egli resta ecclissato dall'opera sua propria, così questo ci pare il luogo più opportuno di trattare del carattere del popolo romano e della sua speciale predestinazione alla coltura del diritto.

A provare tale predestinazione occorre di penetrare a fondo le sue qualità, cioè tanto il suo carattere quanto il suo genio intellettuale; non già quasi che si possa per questa via rinvenire la causa di sì fatta predestinazione, mentre di ciò non può addursi altro motivo che questo, che l'istoria diede ai romani il còmpito di coltivare il diritto. I romani non vennero predestinati alla coltura del diritto, perchè possedessero questa o quest'altra qualità, ma per contrario essendo, giusta l'economia dell' istoria, toccato loro questo còmpito, essi furono anche condizionati a disimpegnarlo. Importa quindi di scrutare sì fatta capacità ne' suoi particolari, e di mostrare, come la vocazione storica dei romani penetri tutto il loro essere, come ella generi le qualità, le forze e le instituzioni che insieme guidano alla proposta meta.

Però, innanzi di occuparcene, sarà bene che diciamo brevemente della pretesa origine dei romani dai greci, e delle affinità che si vuole scorgere tra loro. A me pare che questi due popoli si differenzino effettualmente per sì gran tratto di opere e di genio, che, attraverso tante differenze, torni difficile di scoprire i punti di sì fatta rassomiglianza. Tuttavia gl'istessi romani dell'età tarda si compiacquero dell'idea di venire dai greci, e piegarono a questa

(1) *Costituzione di Servio Tullio.* Prefazione, p. 17.

interpretazione le somiglianze di linguaggio, di diritto, di religione, che non erano altro che, o il frutto dei contatti posteriormente avvenuti tra i due popoli, ovvero, e principalmente, gli avanzi della comunanza primitiva dei popoli indo germanici. V'ebbe un tempo in cui si poteva condonare alla filologia della nostra età sì fatto errore, avuto riguardo alla parentela della lingua greca e della latina, che pareva inesplicabile senza ammettere che la seconda fosse figlia della prima (1). Ma lo studio del sanscritto ha dimostrato erronea questa opinione, e provò che la lingua latina è per contrario una sorella della greca, che ella conservò in più d'una voce la madre lingua comune con maggiore purezza e fedeltà della seconda (2). Ora le relazioni che passano tra le lingue discoprono quelle che intervennero tra i popoli rispettivi. I greci ed i romani sono adunque fratelli che vissero sotto d'uno istesso tetto cogli altri popoli indo-germanici, e che, al momento di separarsi, partirono con un corredo di lingua, di costumi, di religione, e simili (3). Ma, dopo quella separazione, quanto fu diverso lo sviluppo del loro carattere; come il diritto, la religione, la lingua, ecc. dei diversi popoli si diversificarono fra di loro! Per ciò che spetta al diritto, finora non si tentò per anco di raccogliere le tracce dell'originaria comunanza di diritto di tutti i popoli indo-germanici; ma tanto può aversi per certo, che la lingua sarà di ben lieve ajuto a tale intento. Ogni lingua indo-germanica ha voci differenti per esprimere l'idea di diritto e del maggior numero de' suoi instituti: nel denominarli ciasche-

(1) Sì fatta opinione tornò assai pregiudicevole alla determinazione dell'origine etimologica delle voci legali romane, e quindi al comprendimento delle instituzioni per esse significate; ciò si scorge nominatamente nell'opera di Ballhorn-Rosen sul *dominium*.

(2) Pott lo ha espresso in parecchi luoghi della sua opera da noi sì di sovente citata, come, verbigrazia, nel vol. 1, p. 28 e 75; vol. 2, p. 433 e seg.

(3) Allora erasi di già raggiunto un certo grado di civiltà. Si sapeva l'esistenza di Dio (la maggior parte delle lingue conservano ancora la voce *devra* dio (Pott, vol. 1, pag. 56) si era usciti dallo stato nomade, si conoscevano le case, i villaggi, l'aratro, i molini e simili. Veggasi in proposito Kuhn: *Della più antica istoria dei popoli indo-germanici*, pag. 12, 16 e 17.

duna li risguardò sotto d'un aspetto diverso. Comunque per tanto la famiglia dei popoli indo-germanici abbia posseduto in origine delle instituzioni giuridiche comuni, la denominazione della lingua, cioè la conoscenza pubblica del loro intrinseco, cade nientedimeno in epoca posteriore alla separazione. Ciò vuolsi dire in particolare del rapporto che passa tra il diritto greco ed il romano. Per quantunque grande sia il numero delle voci nella lingua greca e latina, aventi suono e significato eguale, pur nondimeno la terminologia legale di entrambe è onninamente diversa; ciascheduno di quei due popoli concepì e modellò da sè il proprio diritto. Per quante istituzioni, leggi, usanze e simili si possano annoverare, che furono comuni ai greci ed ai romani, non v'ha subbietto in cui, quanto nel dirito, si debba riconoscere con facilità e certezza l'indipendenza dei romani dai greci, e le particolari proprietà del loro carattere.

L'ESSENZA DELLO SPIRITO ROMANO (1).

(Continuazione.)

Avendo posto dianzi l'importanza di Roma nell'attuazione di una astratta universalità nello stato e nel diritto, in confronto della particolarità del principio nazionale; chi ignorasse affatto il carattere del popolo romano, potrebbe avvisare che l'essenza

(1) Spero che il filosofo di professione m'userà indulgenza s'io mi provo di trattare un subbietto spettante alla filosofia dell'istoria, sapendo di non aver forze che vi bastino; ma non ho potuto farne a meno. So benissimo che non era sufficiente di enumerare tutte le proprietà del carattere romano. Tale enumerazione, che fa l'inventario spirituale e materiale del popolo romano, e che, per essere esatta, non deve trasandare nemmeno gli animali domestici, compagni del lavoro dell'uomo, a me non sembra valer meglio della descrizione individuale d'un mandato d'arresto. Tale enumerazione insegna, che la natura anche in questo popolo non ismentì sè stessa, e ch'egli possiede certe qualità in un grado, certe altre in un grado differente: ma con ciò non si apprende ancora a conoscere la individualità specifica di un popolo, poichè questa non si può esprimere togliendo od aggiungendo a certe qualità. Io ebbi la mira a sì fatto carattere specifico, che serve a determinare il valore da darsi a quelle qualità, ma non ho creduto necessario di estendermi a particolareggiarlo.

sua consista nella universalità cosmopolitica. Ma per poco che altri conosca i romani, sa benissimo che non v'ebbe popolo la di cui nazionalità fosse più compatta e solida, e che vi stesse attaccato più strettamente. Ma questa nazionalità non abbisognava, per serbarsi incorrotta, d'una difesa contrò degli elementi stranieri; essa provocava i popoli tutti quanti a misurarsi con lei, accoglieva in frotta gli elementi forastieri, ma lo spirito romano sciooglievali prontamente ed assimilavali, senza che per questo egli patisse ingiuria da loro. Nell'epoca in che Roma fioriva (onde parliamo presentemente) la nazionalità romana sorge qual rupe dal mare, a cui frangono siccome flutti i popoli del mondo antico.

Ma l'energia che dispiega in Roma il principio della nazionalità, come la si concilia con quella missione universale antinazionale del popolo romano? L'universalità del carattere romano procede da una proprietà, la quale come da un lato è espansiva ed universale, così dall'altro è astrigente ed esclusiva, intendo l'egoismo. L'egoismo, che si fa centro del mondo, che riporta tutto a sè, non corre rischio di obliarsi, di rinunciare alla propria condizione esclusiva particolare; la sua universalità consiste nel bramar tutto. Questa espansione dell'appetito, per quanto ella s'accompagni costantemente colla massima grettezza d'animo, pure vale oggettivamente per l'istoria di mezzo efficacissimo per attuare il pensiero dell'universalità. Roma ne offre l'esempio più segnalato.

Quindi l'egoismo è la cagione dell'universalità romana; l'egoismo è quel carattere fondamentale delle spirito romano di cui dobbiamo tenere discorso. V'ha un egoismo meschino dal lato morale ed intellettuale, di veduta corta, mancante d'energia nell'esecuzione, che cerca il proprio appagamento in vantaggi piccoli e momentanei. Ma v'ha altresì un egoismo grandioso, magnifico pei fini che si propone, mirabile per la logica e la vastità de'suoi concepimenti, imponente per l'energia ferrea, per la costanza e la magnanimità onde procaccia di attingere i suoi fini remoti. Questa seconda specie di egoismo offre lo spettacolo della massima tensione delle forze fisiche ed intellettuali, è sorgente di gesta e di virtù eroiche. Nessun carattere è, quanto il romano, acconcio a farcene conoscere la natura. Non sono per noi di alcun momento i conati meschini e più prossimi dell'egoismo romano, la sua cupidigia, la sua avarizia, la sua asprezza, la sua

disamorevolezza e simili: così egli si mostra in tutta la sua nudità. Ma in proporzione che s'ampliano le relazioni individuali, e che ingrandiscono le sue intenzioni, scema altresì l'apparenza degli effetti dell'egoismo, ed esso piglia forme più nobili; finchè sollevato dalla grandezza romana, e dall'attaccamento eroico allo Stato romano, l'egoismo individuale vince sè stesso per sagrificarsi al bene dello Stato.

Ha sembianza di paradosso, che le proprietà del carattere romano, come a modo d'esempio: il valore, l'amor patrio, la religiosità, il rispetto per la legge e simili, virtù apparentemente così remote dall'egoismo, e che anzi ne presuppongono la rinunzia, dipendano invece da lui. Per convincersene conviene scegliere il punto giusto per l'osservazione, cioè non considerare gli individui romani, ma l'azione dello spirito del popolo romano.

Se un popolo è ripieno d'un'idea, tutto quanto l'esser suo, la sua esistenza, i suoi atti risolvonsi in quella, ed il suo carattere si modella naturalmente di conformità. Si sviluppano allora quelle virtù quelle forze, che meglio rispondono all'intenzione. Ora l'egoismo dianzi descritto richiede un appannaggio di grande energia di carattere, di valore, di vittoria sopra sè stesso, di costanza, di sagrificio dell'individuo agli scopi comuni; in una parola le qualità di che noi rinveniamo forniti i romani. Laonde, considerate oggettivamente, tali qualità servono all'egoismo nazionale; benchè, se si ravvisano dal lato del soggetto, lo sviluppo e l'esercizio loro esige anzi l'abnegazione individuale. La disposizione d'animo del singolo soggetto viene indotta, senza ch'egli lo sappia e lo voglia, dallo spirito nazionale; poco monta ch'egli avverta o no questa disposizione sua. Sia che i singoli atti derivino ai suoi occhi dal sentimento del dovere, ovvero sia da un istinto infusogli da natura, è uopo attribuire all'azione dello spirito nazionale che egli abbia questo istinto, che senta questo dovere. Lo spirito nazionale modella il carattere popolare, le instituzioni morali, la vita tutta quanta, a quella foggia che più favorisce i suoi fini.

La riflessione, il calcolo concorsero senza dubbio a volgere l'egoismo a questa intenzione nazionale (1). il carattere del po-

(1) Era pei romani un bisogno di foggiare le cose a lor modo, non confacevasi col loro genio di lasciarle crescere naturalmente. Avvertimmo

polo romano comporta meglio di qualunque altro, per la sua tendenza esclusivamente pratica il supposto ch'egli procedesse con avvertenza e deliberazione; tuttavia il suo istinto nazionale incomparabile ebbe in ciò la parte precipua. Ch'è questo istinto? È egli per avventura una disposizione naturale, onde non si può rinvergare la causa, una qualità primaria dello spirito romano? In lui non avviso che la conseguenza di quell' indirizzo a scopi pratici, di quell'abitudine dei romani convertita in natura, di adoperare ogni loro virtù spirituale e morale in servizio dell'egoismo. I romani, oserei dire, non possono far nulla che disconvenga col fine; sapendolo e non sapendolo, essi ravvisano in tutto il lato dell'opportunità; ed in quella guisa che i greci, senza volerlo e saperlo, discoprono il bello, poichè tutta la natura loro è imbevuta di quell'idea; così i romani rinvengono istintivamente ciò che conviene col fine.

Per tanto i romani veggono tutto attraverso il prisma dell'opportunità, ed il loro olimpo ne dà convincentissima prova (1). I romani non potevano riconoscere e venerare che ciò che tendeva ad uno scopo; ad essi dovevano sembrare altrettanti oziosi degli iddii che vivessero a sè, senza un ufficio speciale da esercitare. Quindi ad ogni divinità romana sono assegnate certe ispezioni pratiche, a così dire il suo posto, di che e perchè essa esiste. La teologia romana spinge fino al ridicolo il principio della di-

di già, a pag. 76, come di ciò dà indizio anche la leggenda romana; ed a nessuno, che studi il mondo romano dando mente a quel fatto, può sfuggire quanta parte abbia preso, a formarlo, la riflessione e l'intendimento; si scorge dovunque, così il tentamento di formulare e di dominare intellettualmente ciò che esiste, come anche l'opera dell'uomo che interviene a soccorrere ed organizzare. « La forma che assunsero tutte le instituzioni (dice Rubino nell'opera citata, p. 205) prova che nessuna parte si lasciò sviluppare spontaneamente, nè poggiare sopra d'un gran numero di tradizioni sconnesse; dovunque si manifesta lo sforzo di insinuare nell'animo un principio supremo, e di tradurlo, colla logica più rigorosa, nelle regole, nelle forme, nei simboli particolari ».

(1) Per notizie ulteriori io rimetto il lettore alla filosofia della religione di Hegel, parte II, e seg.; il quale caratterizza benissimo la religione romana per *la religione della opportunità*.

vision del lavoro; la fantasia romana è inesauribile in trovare nuovi negozj, nuove opere e servigi per deputarvi una propria divinità. Non v'era interesse, per quanto egli fosse meschino ed inconcludente, non istante della vita umana, dalla nascita fino alla morte, non atto d'agricoltura, dalla seminagione fino alla messe, che il sentimento prosastico dei romani non commettesse alla cura di qualche iddio (1). Ma sì fatte divinità si confondono affatto, a guisa dei romani, colle loro intenzioni, e non fanno altro che rappresentarne gli scopi.

La religiosità dei romani, ond'essi od altri menano tanto vanto, non era anch'essa indotta in effetto che dall'utile e dall'egoismo. I romani non veneravano gli iddii perchè tali, ma sì perch'eglino ricompensavano colla protezione i loro adoratori. Laonde la religiosità romana era proporzionata al bisogno del patrocinio divino. Anche nella prosperità si procacciava di conservarsi amici gli iddii, e non si ricusava di dar loro ciò a che avevano acquistata ragione; si soddisfaceva loro (per continuare il paragone) il prezzo, per cui essi concedevano i loro favori a Roma. Ma, non appena una persona privata o lo Stato aveva mestieri di servigi straordinarj, siccome gli iddii non davano nulla per nulla, si conveniva di compensarli convenientemente.

Il *votum* era quel mezzo di propiziarsi gli iddii che adoperavasi di preferenza come il più cauto; poichè non si doveva mantenerlo che quando gli iddii avessero accordato la grazia invocata. Col *votum* si trasferì alla divinità il diritto ed il linguaggio delle obbligazioni.

Ma quanti più contraddittori mi susciterà contro questa mia opinione, che l'egoismo fosse la molla della religiosità romana, e quanto meno opportuno sarebbe il volere adesso provarlo specificatamente; tanto più convienmi insistere sopra dell'osservazione dianzi fatta intorno all'operare instintivo dello spirito romano.

Non è mia intenziene di sostener che Roma procedesse affatto calcolando, ed usasse le cose più sante, quasi celiando, ai propri fini (2); ma d'altra parte non so persuadermi che il sentimento

(1) Il lettore consulti precipuamente la *Dissertazione di Ambrosch sui libri religiosi dei romani.* Bonna 1843, p. 11 e seg.

(2) È naturale che abbiasi sostenuta questa opinione; ella rispondeva alla veduta razionalista, la quale non sa ravvisare nella religione che

romano solo nella religione obbliasse sè stesso. Avremo altrove occasione (cap. 15) di mostrare come le instituzioni religiose s'adattassero agli scopi dello Stato romano. Laonde, quanto si andrebbe lungi dal vero, supponendo per ciò nei romani l'opinione, che le instituzioni religiose e gli iddii medesimi non dovessero essere che un ordigno nelle mani dello Stato romano, è però altrettanto certo che quelle instituzioni prestarono oggettivamente allo Stato romano dei segnalati servigi. La ragione di ciò non occorre di rintracciarla altrove, fuor che in quella proprietà dello spirito romano, per cui tutto quello che sorgeva dentro del mondo romano (per quanto l'origine sua fosse remota dall'idea dell'utile) egli sapeva volgerlo ad uso pratico (1).

Se questa molla la si manifesta fino sul campo religioso, quanto più ella non dovrà prevalere nel mondo profano.

Questo mondo proclama dappertutto il trionfo dell'idea della convenienza coi fini; esso e tutte le forze intellettuali e morali che vi funzionano non esistono e non sono stabilite e modellate che in contemplazione dei fini. La molla universale è l'egoismo; tutto quanto il sistema colle sue instituzioni e le virtù che vi si manifestano, lo si può rappresentare ***siccome l'egoismo nazionale organizzato.***

Con ciò si esprime, per avventura più brevemente che si può, la forma sotto di che sì fatto egoismo s'appalesa. Le instituzioni, le virtù romane e simili si dispongono a guisa di un organismo, che vien posto in movimento dal pensiero dell'egoismo. Ma codesta molla dispiega la sua efficacia soltanto nella struttura e nell'azione del tutto, non in quella delle singole parti; queste, a cagione dell'egoismo, non diventano indipendenti, ma bensì ven-

l'opera dell'inganno e del calcolo. Così, verbigrazia, nell'opera di Buchholz: *Ricerche intorno ai romani*, vol. 3. Berlino 1819 (opera, in cui non v'è di filosofico che il titolo, vol. 1, pag. 144 e seg.). Ivi le solennità religiose vengono dichiarate: *siccome i mezzi, con cui il governo romano cercò di stornare da sè l'attenzione del popolo, indirizzandola ad oggetti diversi.*

(1) Il popolo inglese ci porge argomento di osservazioni consimili. Quanti fatti non si possono addurre, nati da cagioni morali, a modo d'esempio i conati per l'emancipazione degli schiavi, le missioni e simili, che lo spirito pratico della nazione seppe volgere ben presto, con tanto profitto, a fini politici.

gono regolate dal bisogno dell'organismo universale; ed appunto perchè non soggiacciono all'immediata influenza dell'egoismo, riescono istromenti tanto più efficaci del medesimo. La prova della virtù dell'egoismo romano è questa, ch'egli ha costantemente dinanzi agli occhi il bene pubblico, e non cerca mai il proprio appagamento a di lui spese.

Spieghiamolo con degli esempii. L'egoismo meschino, di veduta corta, non guarda che all'utile particolare, lo promove a scapito del diritto, dell'onore, della patria; in breve per una via, che se tutti seguissero, sarebbe la più contraria ai fini generali.

Per contrario il romano sa che il ben essere dello Stato importa il proprio; e quindi il suo egoismo abbraccia anche lo Stato. Egli sa che l'esatta osservanza ed applicazione delle leggi è profittevole a lui ed all'universale. Egli conosce che i vantaggi ottenuti a prezzo d'infamia e di viltà e simili non sono che apparenti, e che l'egoismo non può dare frutti duraturi che quando vada associato all'onore, al valore, alla rettitudine. Ma questa cognizione è ad un tempo dovere e volontà; come è a dire che il sentimento nazionale del dovere prescrive al romano tale condotta; ed il popolo manifesta la sua energia conformandosi ciecamente a questo codice di nazionale egoismo. Quindi il romano non intende al profitto individuale a spese dello Stato, nè al vantaggio momentaneo a danno del finale; non ai beni materiali con pregiudizio degli immateriali; ma egli subordina ciò che ha un'importanza relativamente minore a quello ch'è di maggior rilievo, il particolare all'universale. Da ultimo egli fa tutto questo soltanto nell'interesse d'un egoismo illuminato. Laonde se si considera una virtù speciale, come il valore, l'affetto patrio, il rispetto alla legge e simili, non solo non si avvisa la sua attenenza coll'egoismo, ma sembra per contrario ch'ella ne importi la rinuncia. È come se si volesse trascegliere dalla vita di un individuo certe vittorie ripertate sopra sè stesso, che in realtà, ben lungi di attestare la rinuncia dell'egoismo, ne sono invece il frutto; certi sacrifizi delle inclinazioni proprie relativamente più basse, che sono tanto più indispensabili, quanto più lontano ed alto è il fine cui ha rivolto il pensiero. L'egoismo romano si ristringe a tracciare il metodo di agire, ad assegnare ad ogni forza il luogo conveniente, e ad imporle il dovere di mantenersi in quello. Le forze esecutrici pigliano di là l'idea che grande è lo scopo cui

debbono intendere, e che l'opera loro è indispensabile per raggiungerlo. Esso non indagano più oltre; di ciò è pago il loro egoismo; non riflettono, non domandano, non dubitano; ma operano, ed operano col massimo entusiasmo, con costanza infaticabile, con ferrea energia.

Quindi nel carattere romano, colle sue virtù e co'suoi difetti, si può raffigurare il sistema dell'egoismo disciplinato. La massima fondamentale di sì fatto sistema è, che i fini inferiori debbono cedere ai superiori, l'individuo allo Stato, il caso particolare alla regola astratta, l'istante alla condizione durevole. Di questo adagio, il quale obbiettivamente non è che un corollario dell' idea di opportunità, l'opinione nazionale ha fatto una necessità etica, un dovere morale; e la potenza della virtù morale del popolo romano si manifesta anzi tutto nella prontezza con che egli si conforma a questa specie di codice convenzionale di doveri, a questa necessità non d'altro indotta che dall' idea di utilità. Vincere sè stesso è più malagevole che vincere altrui; un popolo che all'idea della più ampia libertà accoppia la virtù di vincer sè stesso, e ne ha fatto sua seconda natura, è chiamato a dominare sopra degli altri. Ma la grandezza romana pagasi a carissimo prezzo. La smania insaziabile dell'egoismo romano sagrifica tutto a' suoi fini, così la felicità ed il sangue dei cittadini proprii, come la nazionalità degli stranieri. Il suo soffio raffredda l' animo e la fantasia; le grazie fuggono la sua presenza; per lui non ha pregio che il fine, o ciò che serve di mezzo al fine. Il suo mondo è morto, e privo dei beni che servono ad abbellirlo; è un mondo non retto da uomini, ma da massime e regole astratte: è una macchina gigantesca mirabile per solidità, moto uniforme e sicurezza nell'azione, per la forza ch'ella sviluppa, e ch'è tale da sfracellare tutto ciò che le si oppone; ma pure ell'è una macchina; il suo padrone era ad un tempo il suo schiavo.

Le considerazioni anzidette ci appianarono la strada per trattare della predestinazione del popolo romano alla coltura del diritto, ch'è l'intenzione finale delle nostre investigazioni. Il diritto è il culmine del mondo romano. Chi ama di conoscere questo mondo e l' animo romano deve collocarsi a questo punto. Qui non solo il sentimento e l'intelletto romano si mostrano nella piena sua luce, ma ben anche non v'ha luogo ove con pari evidenza si manifesti l'estensione e la qualità delle doti intellettuali e morali dei romani.

Chi sa discernere nel diritto le qualità caratteristiche, apprende da esso più che non possano insegnargli tutti i racconti degli istorici romani.

Da ciò che dicemmo intorno all' essenza dello spirito romano si ricava la causa e l'indole della sua vocazione specialissima alla coltura del diritto. Il diritto è la religione dell' egoismo; nel diritto, se non esclusivamente, però in modo peculiare, può e debbe estrinsecarsi l'idea della utilità oggettiva; egli è appunto da questo lato che lo spirito romano comprese e sviluppò il diritto. Ai romani riuscì fino *ab antico* di trasmutare il diritto dalla regione del sentimento in quella dell' intelletto calcolatore, di formar del diritto un meccanismo esteriore indipendente dall'influenza dell'opinione morale soggettiva del momento; chiunque, sia egli romano o peregrino, non appena ne abbia appresa la disposizione, lo sa maneggiare. Questo disgiugnimento del diritto dal sentire soggettivo morale; questo tradurlo al di fuori e renderlo speculativo, è per l'istoria del diritto quello che per l'istoria della civiltà è la scrittura alfabetica: con ciò l'uomo viene condizionato ad esporre e leggere il diritto. Tale separazione è il trionfo dell'idea d'utilità sul sentimento morale soggettivo; solo, poi che ella è avvenuta, quell'idea può dispiegare senza intoppo tutta la sua efficienza nel diritto.

Ma sì fatta idea non dispiega la sua azione intorno alle specie di fatto particolari, ma bensì circa alla regola astratta. Il caso speciale si subordina e si sacrifica alla regola generale. Ciò è una applicazione di quella massima: che il meno nobile deve cedere al più nobile, in cui dianzi ravvisammo (pag. 244) il carattere fondamentale della teoria romana sulla opportunità. Questa subordinazione è un postulato della opportunità; essa sola, proponendogli anticipatamente delle decisioni legali, procaccia al commercio della vita la necessaria sicurezza. Ma l'attuazione pratica di sì fatta subordinazione non è in realtà tanto facile quanto sembra a prima giunta; accade pur troppo di sovente che il sentimento giuridico soggettivo vi faccia opposizione; vuolsi gran fermezza di carattere, ovvero una percezione legale fatta sicura dall'uso, per impedire che sì fatta contraddizione influisca sull' animo proprio, e per applicare la regola astratta in contemplazion della regola. Questo subordinare indistintamente il caso speciale alla regola astratta, questa rigorosa disciplina legale, fu sin dai primordii

così connaturata ed intelligibile ai romani, come lo fu l'uso inesorabile di una ferrea disciplina militare sul campo. Vedremo che il diritto romano va debitore della sua grandezza a quella proprietà, non meno di quello che lo Stato romano è tenuto a questa.

Non è il sentimento, non è la giustizia che richiede questa rigorosa disciplina, ma bensì, (nè parmi d'averlo mai ripetuto abbastanza) l'opportunità. La vera giustizia richiede più che quella eguaglianza meccanica, ch'è frutto di sì fatta tirannia della regola fredda; l'eguaglianza vera intrinseca che vi corrisponde non si raggiunge per questa via. Il sentimento morale illuminato non può sopportare che si dirimi una quistione di diritto come un conto, che si degradi il diritto a macchina.

Mi occorrerebbe di addurre anzi tempo le qualità caratteristiche del secondo sistema, onde mostrare quanto la suenunciata tendenza pratica dello spirito romano abbia vantaggiosamente influito sul perfezionamento tecnico del diritto. Mi sembra non abbisognare di prova ulteriore, che nel sistema dell'egoismo disciplinato il diritto occupa il posto principale; e che quindi tutta l'attenzione dei romani fu rivolta al diritto, e ch'essi dovettero sentirsi peculiarmente chiamati alla cultura del lato pratico del diritto.

È noto a sufficienza quanta inclinazione sentissero i romani per il diritto, qual posto eminente egli tenesse nel loro pensiero. Il diritto e lo Stato sono pei romani ciò che la religione pegli ebrei, l'arte pei greci; l'argomento del loro orgoglio verso dei popoli stranieri, il subbietto in cui sapevano di sopravanzarli tutti, l'indizio di loro virtù. In quella guisa che il popolo di Dio professava la più alta stima e venerazione ai suoi profeti, la Grecia ai suoi filosofi, ai suoi artisti, ai suoi vati; Roma serbava le maggiori onoranze per quel cittadino che aveva ben meritato dello Stato, che aveva accresciuto splendore al diritto colle sue gesta, come Bruto e Regolo, ovverossia che avealo avanzato colla perspicacia del suo ingegno. L'osservanza che un popolo dimostra a coloro che coltivano un'arte, una scienza, è l'indizio più naturale e più certo del concetto ch'egli fa di tal scienza, di tal arte. Ora Roma discacciava gli artisti; i sacerdoti, come tali, non furono in luogo alcuno meno onorati che in Roma (1); ma viceversa i giureconsulti non ebbero mai altrove

(1) Veggasi il capo seguente.

quel credito popolare, quell' influenza, quella venerazione di cui godettero in Roma. La potenza del diritto sui romani non era circoscritta all' intelletto, non nasceva soltanto da ciò che nel diritto si sentivano nel loro elemento, ed erano consci di quella loro speciale virtù: il loro orgoglio non era soltanto intellettuale, ma morale. Potevano essi vantarsi bensì a ragione che nessun popolo possedesse leggi tanto sagge, instituzioni tanto provate quanto le loro, che nessun popolo avesse progredito altrettanto nella cognizione del diritto; tuttavia essi facevano ancora maggior concetto della fama, che in nessun luogo imperava il diritto e se ne osservavano i precetti quanto in Roma (1). Questo ossequio morale del diritto, questa spontanea sottomissione del romano ai suoi precetti, l'amore del popolo per la giustizia, il suo abborrimento per le trasgressioni del diritto, il sentimento di sicurezza che il diritto inspirava in Roma, la fidanza nel suo trionfo, erano le cose di che andavano più superbi i romani. Come l'opinione pubblica esaltava fino al cielo le prove segnalate di questi sentimenti, così essa versava l'esecrazione sopra di coloro che li offendevano gravemente. Da una violazione del diritto venne la caduta della realità e del decemvirato; e l'incominciamento della nuova epoca, l'introduzione della repubblica, viene contraddistinto dal trionfo della giustizia sopra dell' amor paterno, dalla esecuzione capitale dei figli di Bruto pronunciata dal proprio padre. Sì fatta virtù morale del diritto sugli animi, sì fatta incapacità, oserei dire, del romano di menar la vita senza del diritto, egli non la rinnega nemmeno verso dei popoli stranieri. Per quanto grande fosse l'astuzia, con cui lo Stato romano sapeva all'occorrenza rivolgere la lettera della legge contro dei popoli stranieri, e coprire la sua politica col manto del diritto, egli tuttavia riconosceva gli obblighi internazionali indotti dal diritto, e non osava di sprezzarli apertamente. Le istesse massime di diritto internazionale, che Roma usava contro degli altri popoli, le riconosceva in tutta la loro ampiezza anche quando erano a sè contrarie. Codesto popolo sentiva quindi il bisogno, ed era a lui era riservato, di disciplinare giuridicamente le relazioni coll'estero (*jus gentium*).

(1) * Val Max. VI, 5. Praef. *Justitiae praecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.*

Il motivo di questa virtù attrattrice, che il diritto esercitava sopra l'animo dei romani, si può avvisarlo nell'urgente bisogno che di lui avevano pei loro fini. Ma la cagione di tale necessità dipendeva nuovamente da ciò, che l'istoria aveva mestieri dei romani per il diritto. L'interesse proprio li obbligò ad adempire il compito loro assegnato circa il diritto; giovando a sè stessi servirono al bene del mondo.

Dimostrata la necessità della inclinazione peculiare dello spirito romano pel diritto, conviene occuparci di una quistione, che d'indi ne consegue, ed è: quali mezzi ebbero in mano i romani per riuscire nella loro missione; a quali proprietà del popolo romano dobbiamo noi imputare ch'egli menasse a fine così perfetto l'impresa? Ordinariamente si suole rispondere a questa domanda, allegando le doti intellettuali dei romani, la loro mente acuta ed analitica, il loro genio pratico e simili: ed effettualmente l'importanza loro per tale rispetto è tanto evidente che non è d'uopo ch'io mi distenda a provarla. Ma quello che, a mio giudizio, influì maggiormente sul diritto antichissimo, e che troppo spesso si trasanda, è la virtù morale, l'efficacia di volontà del popolo romano.

Il diritto non risguarda tanto l'intelletto (non è una convinzione, un giudizio, una idea) quanto l'animo, cioè la volontà. Il solo volere può comunicare al diritto ciò in cui risiede l'essenza sua, la realtà: egli solo ha la virtù di crearlo e di modellarlo. Per quantunque eminenti sieno le prerogative intellettuali d'un popolo, se egli manca di forza morale, di energia e perseveranza di volontà, il diritto non potrà mai prosperare presso di lui. Le sue leggi non saranno altro che onesti propositi di un uomo senza carattere, inspirazioni del momento, che l'effetto smentisce e che un breve intervallo di tempo basta a dissipare. Non hanno sodezza e stabilità che quei precetti e quelle instituzioni giuridiche che uscirono dalla realtà della vita; e questa tanto maggiore, quanto più grande è la virtù morale del popolo che loro serve d'appoggio. L'importanza di loro solidità e durevolezza è tanta da essere il supposto necessario di loro perfezione tecnica legale. Come mai può l'occhio dell'intelletto penetrare l'intimo del diritto, se la volontà è impotente ad afferrare con fermezza l'oggetto dell'osservazione? In questa condizione di cose, come mai si può avere fiducia nella inclinazione che si sente ad inabissarsi nell'oggetto, com'è possibile di estrarre una teoria da una incerta

ed instabile realtà! Quale speranza si può avere di mettere in opera le verità discoperte, in che pregio può tenersi il possesso di una teoria, che non esiste dalla scrittura in fuori! Le migliori forze della nazione si ritraggono disdegnosamente da questa occupazione; per quanto elle si sentano pure allettate dalle speculazioni filosofiche sul diritto in genere, il diritto effettivo, cioè la sua elaborazione pratica ed il suo perfezionamento tecnico, non possiedono per esse alcuna attrattiva. Laonde la giurisprudenza non può avanzare in bene che presso d'un popolo di volere energico; se manca la predilezione e l'attaccamento al subbietto, ella è una pianta intristita: ma sì fatta predilezione non sorge che quando il diritto sia dotato di solidità intrinseca sua propria; e là dove il popolo e l'età ne difettano, come è possibile che il diritto pervenga ad acquistarla?

Nessun diritto è, quanto il romano antico, così proprio a farci toccar con mano sì fatta importanza dell'elemento della volontà, e l'azione scambievole che corre tra la virtù dell'animo e quella della mente. In lui può specchiarsi l'età presente, onde vedere i suoi difetti. Il secondo sistema ci istruirà su ciò che le due virtù suaccennate operarono nel diritto romano più antico, e come i suoi instituti appalesino distintamente l'azione loro. Per ora basterà di mostrare, in alcune inclinazioni e proprietà generali del carattere romano, la forza straordinaria a lui inerente, e di quanto rilievo furono le qualità morali pel perfezionamento logico del diritto. Io riconosco di primo tratto due qualità, entrambe frutto, sotto un diverso rispetto, di un volere fermo ed energico; la conseguenza logica e l'istinto conservatore del carattere romano. Volere effettualmente una cosa è volerla interamente e costantemente; la conseguenza e la perseveranza sono gli indizii e le compagne indivisibili di una ferma volontà.

L'intelletto è quello che fa le deduzioni logicali, ma la volontà è quella che le attua. Adesso impertanto ci è offerta l'occasione di convincerci della verità della osservazione dianzi fatta, che sul campo del diritto la volontà e l'intelletto agiscono di conserva. Se il diritto romano supera qualunque altro per la sua logica, il merito non conviene attribuirlo tanto all'intelletto quanto alla volontà, che, sottomettendosi a quella logica, la ridusse in atto. La realtà pratica di quella logica, la sommissione spontanea del popolo romano alla medesima, la tirannia, direi quasi spietata,

della conseguenza, è cosa più ammirabile che non la logica intellettuale più sublime. Là dove altri popoli soffrirono per le loro convinzioni religiose, il romano patì per le sue opinioni legali. Conviene ascrivere al merito morale del popolo romano antico se la scienza legale romana ha rinvenuto un diritto semplice conseguente: malgrado il suo sentire libero, quel popolo sopportò per secoli il giogo di una conseguenza logica rigidissima. Il sistema che segue ci mostrerà questo giogo, e ciò che lo faceva tanto opprimente.

Ivi l'influenza reciproca tra l'intelletto e la volontà vien manifestata all'occhio nudo dal modo (tanto noto agli intendenti del diritto di Roma) che i romani tenevano nelle loro innovazioni; vale a dire di conciliare la conseguenza logica col bisogno pratico per via di artificii e di mezzi indiretti. L'avversione morale che i romani provano per ogni trasgressione e mancamento ai principii da essi accolti una volta, stimola e costringe, a dir così, l'intelletto loro a sviluppare tutta la sua sottigliezza per discoprire le vie ed i mezzi, onde giungere a conciliare la logica conseguenza col bisogno pratico. La necessità eccita l'inventiva. Sia pure che i trovati dei romani si meritino talvolta il rimprovero di vani sofismi, di deduzioni logicali solo nell'apparenza, e financo di assurdi; ma non si vorrà negare perciò che sì fatto conflitto, tra la conseguenza logica ed il bisogno pratico, non abbia eccitata ed aguzzata la inventiva romana a gran pro della perfezione tecnica del diritto. Per quanto eminente sia l'intelligenza d'un popolo, se la sua virtù morale è fievole, egli non conoscerà mai questo stato di coercizione morale, e quindi non esperimenterà mai la influenza salutifera ch'esso esercita sulla perfezione del diritto: quando la logica del suo diritto lo menerà ad inconvenienze pratiche egli si trarrà d'impaccio lasciandola senz'altro da un canto. Quest'ultimo spediente pare oggidì naturalissimo, anzi necessario ai non intendenti; ed i legali medesimi provano spesso difficoltà a convincersi del contrario.

L'osservazione anzidetta regge eziandio riguardo alla tendenza conservatrice dei romani, a cui ci volgiamo adesso. Ella pure attuò l'acume romano; quando l'affezione al diritto trasmesso dalle età passate correva pericolo di soccombere alla inevitabile necessità della vita progressiva, ella chiamava in ajuto l'arte legale, ovvero facevala nascere. Fu in Roma, per secoli,

ufficio eminentemente patriottico dell'arte legale quello di conciliare i bisogni presenti colle tradizioni del passato, di accordare ai primi ciò ch'erano in diritto di chiedere, senza romperla, così per la forma come per l'intrinseco, coi principii tramandati; di disciplinare il commercio, di mantenere nel retto sentiero la virtù progressiva del diritto. In proporzione delle difficoltà dell'impresa crebbe anche l'arte.

Sì fatta virtù conservatrice si annuncia a chiarissime note nell'istoria del diritto romano; nè occorre di aggiungervi, che presso dei romani ella non dipende, come nell'oriente, da una proprietà negativa, dal difetto di virtù produttrice; ma si da fermezza e costanza di carattere. V'ha uno spirito conservatore pusillanime, che non possiede il coraggio di alzare il viso in faccia ai nuovi tempi, al quale la veduta corta è più dannosa che profittevole per le sue istesse intenzioni: ma lo spirito romano è di ben altra specie. I romani non paventarono mai di trattar con giustizia l'età novella, di lasciar cadere le instituzioni antiche ch'erano fuor di stagione, d'introdurne di nuove; e basta gettare uno sguardo, anche fugace sul diritto romano, per convincersi che nel suo interno si compierono di tali rivoluzioni, cui non si sa scoprire dove che sia un termine di riscontro. Sì fatte rivoluzioni però, ad imitazione di quelle per cui passò la natura, non furono l'effetto della violenza sbrigliata, che si esaurisce, e che procede a scosse. Esse fecero il lor corso per gradi insensibili; le nuove idee e le tendenze novelle si discoprono sul principio peritose, e direi quasi a modo d'esperimenti; le massime usitate vi resistono fortemente; ed il loro finale trionfo non lo debbono alla precipitazione d'un assalto, ma alla prevalenza della virtù loro debitamente provata (1). È mestieri di rendere alle novità difficile l'ingresso, ch'esse l'ottengano faticosamente e per gradi (come avvenne nell'influenza ottenuta dalla plebe romana); altrimenti, come le innovazioni sono facilmente adottate, così facilmente si

(1) I romani medesimi adducono questa lentezza a svilupparsi siccome causa dell'eccellenza della loro costituzione. Esempligrazia Cicerone, *De republ.*, II, c. 1.... *ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus.. quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.*

dismettono. Un popolo che, imitando il romano e l'inglese, tiene stretto il passato, e non cede alle innovazioni che quando non è più possibile di resistervi, le conserva, poi che adottolle, con altrettanta fermezza; mentre quella forza medesima che difficoltò all'innovazione l'ingresso, si volge a difenderla, una volta ch'ella se l'abbia aperto.

Laonde la tendenza conservatrice del popolo romano si fonda sopra d'una forza attiva, e non già di una semplice *vis inertiae:* essa simiglia quella virtù, con che un carattere fermo serba incolumi i principii che s'ha prefisso una volta; tal forza consiste in quella equanimità e costanza, che, nei popoli come negli individui, è indizio dell' energia.

La virtù morale, ond' era fornito lo spirito romano, fu messa ad un arduo cimento dalle antitesi che sorsero nel progresso dell'istoria di Roma; com'è a dire, tanto da quelle esistenti nella popolazione (quali furono i contrapposti delle tribù originarie, dei patrizii e dei plebei) quanto quelle che esistevano nel diritto, verbigrazia, il dualismo del *jus civile* e del *jus gentium.* Il grado di virtù morale che ha sortito un popolo lo si conosce, più che d'altro, dal suo contegno verso di sì fatte antitesi; in quella guisa medesima che le contraddizioni dell' umana natura sono la pietra di paragone del carattere individuale. Un carattere debole è in ambi i casi in balía dei contrapposti; a lui manca l' unità interna, un punto fisso su cui reggersi, e nel conflitto rimane oppressa la sua virtù. Il tentare di sottrarsi al contrapposto o di distruggerlo violentemente è già argomento di certa forza; benchè ciò d' altra parte dimostri una debolezza ed un difetto di confidenza in sè proprio. È invece privilegio della vera fortezza quello di lasciare che i contrapposti si sviluppino e si urtino, senza permettere che perciò si rallenti la interna unità; e di procacciare di unificarli, con accordar loro ciò a cui hanno diritto, in modo che, nel tutto insieme, essi rappresentino altrettanti lati che abbelliscano l'unità.

Se a corroborare questa asserzione occorressero delle prove, l'età presente ce ne somministrerebbe un buon numero; ma io non voglio prenderle che da Roma. Il mondo romano ci mostra sino a qual grado la vera forza possa sopportare i contrasti, ed anzi afforzarsi nei medesimi. Quanto non fu veemente l'urto e la ripulsione tra il principio patrizio ed il plebeo! come fu lunga

la lotta! Eppure, ben lungi che da ciò venisse indebolito lo Stato, e tolta l'unità del popolo, ed un sentire comune, questa divisione della forza progressiva e della conservatrice per mezzo di quelle due classi, tornò anzi a grandissimo incremento dello sviluppo politico. Un altro esempio ce l'offre il contrasto tra la libertà individuale e la soggezione politica. Dove mai sì fatti principii furono più vigorosi che in Roma! Qui abbiamo, da un lato la massima libertà civile e politica, dall'altro l'autorità più estesa conferita alla magistratura, l'amore e l'obbedienza del popolo alla medesima. Veggiamo il popolo soggetto agli estremi rigori della legge marziale, nel campo continuamente, ed in Roma ogniqualvolta si elegge un dittatore; i liberi romani sono chiamati a discolpa dal censore per la condotta privata; le radunanze popolari dipendono per guise molteplici dalla magistratura. Ma dall'altro lato ci si fa innanzi un popolo sovrano, superbo e geloso di sua libertà, e la più illimitata autonomia civile dell'individuo.

Il terzo contrasto, da noi accennato, che si ravvisa in Roma, è quello tra il *jus civile* ed il *jus gentium*, com'è a dire tra il diritto nazionale e l'universale. Gli altri popoli dovettero sobbarcarsi a quest'ultimo accettando, con pregiudizio di loro nazionalità, il diritto romano. In Roma invece questo contrasto si sviluppa da sè, ed in lei entrambi questi elementi si svolgono liberamente e compiutamente, senza che per questo si alteri l'equilibrio del diritto, e se ne turbi l'unità.

L'istoria romana dei tempi della repubblica somministra alla nostra idea amplissimo argomento di applicazione. Le autorità che la reggono, le diverse assemblee popolari, il Senato, la magistratura inchiudono in sommo grado la possibilità legale della incompatibilità e dei contrasti; v'è perfino il tribunato, negazione spiegata, opposizione autorizzata dalla legge. Ad un'età come la nostra, che nelle sue costituzioni traccia sì scrupolosamente i confini al potere delle autorità pubbliche, e che, malgrado ciò, ha continuamente dinanzi agli occhi lo spettacolo delle dissensioni, deve parere un prodigio che la costituzione romana, con tanti elementi di contrasto e di opposizione che aveva in seno, presenti uno spettacolo del tutto opposto. Ma sì fatto prodigio è semplicemente l'effetto della virtù morale che caratterizza il popolo romano. Per essa egli può infrenare le autorità e ridurle ad armonica concordia. Da tale virtù deriva l'unità che ammiriamo in

Roma; ella può sbrigliare i contrasti, perchè non ne paventa il conflitto.

Prima di chiudere questo discorso, mi sia lecito di aggiungere una osservazione sulla tendenza dello spirito romano all'accentramento. Fu di grandissimo rilievo per lo sviluppo legale e politico di Roma la circostanza che v'ebbe un centro solo, che Roma, a dispetto della estensione dello Stato, rimase il centro vivente del tutto, la sede dell'intelligenza, della vita politica e delle transazioni civili. Ma io non mi so indurre ad ascrivere ciò alla buona ventura di Roma; ma più presto avviso in tal circostanza una conseguenza delle proprietà romane; come nel fatto opposto dello sminuzzamento, che ci offre l'Alemagna, nella mancanza sua di centro politico o spirituale, io raffiguro l'effetto di una qualità opposta del popolo germanico. L'accentramento costante della vita in Roma è un pregio dello spirito romano, l'estrinsecamento di un impulso proprio di quel popolo. Non occorre di provare quanta relazione corra tra questo impulso ed il cômpito istorico del popolo romano; come nemmeno com'esso non torni tanto proficuo ad alcuna parte dell'universa esistenza di un popolo, quanto al diritto.

Con queste mie osservazioni generali ho senza dubbio faticato il lettore: a cui io avrei risparmiato la noja, se non me l'avesse suggerite la necessità di combattere l'errore generalmente accreditato, che l'eccellenza del diritto dipenda dall'intelletto. Se così fosse, non si saprebbe spiegare come i Romani avanzino per sì gran tratto i Greci nel diritto, mentre essi erano a loro tanto inferiori nell'intelligenza. Io ebbi la mira di mostrare in che consistesse la superiorità dei romani, cioè primieramente come le qualità dello spirito romano lo facessero inclinare di preferenza al diritto, e secondamente come la fermezza morale dei romani abbia prestato immensi servigi a quella creazione del loro intelletto, e l'abbia fatta tanto fruttificare.

CAPO XV.

Come lo spirito romano si conducesse verso dei sopraddetti principii originatori.

I principii originatori del diritto romano da noi avvertiti ci porgono il mezzo di vedere in atto le qualità specifiche dello spirito romano dianzi accennate. Quei principii non hanno di per sè niente di particolare; le massime su di che si fondano si rinvengono nel diritto di pressochè tutti i popoli. In quanto al diritto romano, noi vedemmo altrove che questi principii si perdono nelle tenebre dell'età che precedette Roma; ed alcune di quelle particolarità, che noi esaminammo, potrebbero per avventura ascriversi alla comunanza antica di tutti i popoli indo-germanici.

Benchè sia certo che il cominciamento del diritto di quasi tutti i popoli si rassomiglia; è però certo altresì che, dopo breve intervallo, nel diritto di ciaschedun popolo si discoprono delle differenze, indottevi dalla sua individualità, dalla varietà dei suoi casi e delle sue relazioni esteriori. Presso d' alcuni popoli quei principii originatori si mantengono lungamente; mentre presso d' altri se ne altera il rapporto vicendevole, mercè che quando un principio, quando l' altro ottiene la preponderanza. Qualche popolo invece muta assai per tempo le sembianze indecise di sua fanciullezza, e ne prende di più maschie: in breve le vie seguite da ciascun popolo distanno grandemente fra loro.

Ora è nostra intenzione di investigare qual esito avessero in Roma quei principii originatori; ed innanzi tutto ci volgeremo al principio religioso, mentr' esso, a mio credere, è il primo a perdere il suo originario significato; ed inoltre è quello che si accomoda più che gli altri ad una trattazione distinta.

Se si stesse paghi alle apparenze esteriori, converrebbe credere che il principio religioso si conservasse in Roma lungamente nel massimo rigore. Ovunque si guardi, sia nella vita pubblica che nella privata, la religione compare dinanzi fino verso il tramonto della repubblica; questa non offre alcun fatto importante, a cui non sia intervenuta la religione. E pure, anche a dispetto di ciò, io impugno assolutamente che la religione abbia mai esercitato

in Roma, del tempo della repubblica, una influenza decisiva sullo Stato e sul diritto (1). Non trattasi di sapere, se la religione si annunci da per tutto, se partecipi a tutto, se vengano osservate le sue solennità, e si seguano i suoi precetti: tutto ciò accadeva in Roma; e pure nulla rileva. Ciò che merita d'essere considerato, è che lo spirito romano abbassò la religione a mezzo a suoi fini, che nello Stato romano ella non è signora, ma ancella. Ripeto però la riserva, da me fatta nel capo antecedente, cioè, che la mia opinione non giunge al segno, di pensare che i romani si pigliassero maliziosamente gioco delle cose più sante; ma più presto ch' egli era un bisogno connaturato coll' essenza del carattere romano, quello di subordinare, per istinto ed inavvertitamente, tutte le cose a' suoi fini, di voltarle a quel lato che riusciva più profittevole alle sue intenzioni. Noi procacceremo adesso di dimostrare questo rapporto pratico tra la religione e lo Stato romano.

Dovendo occuparci della religione e della costituzione ecclesiastica romana dal lato politico, non le considereremo dal lato meramente religioso, che quanto occorre a farci conoscere come quest'ultimo fosse di nessuna importanza in paragone del primo(2). I sacerdozii,

(1) Se, a malgrado ch' io non abbia potuto instituire degli studi miei propri intorno alla religione romana, e ch' io debba quindi, in tale riguardo, dipendere dall'altrui autorità, cionnondimeno mi sono emancipato colle mie opinioni da quelle d'altri, non me lo si vorrà attribuire a presunzione. Il romanista che ha compreso le qualità specifiche del carattere romano è, a mio credere, nella condizione la più propria ad intendere, per lo meno, alcune relazioni della religione. La esposizione parrà per avventura fatta con colori troppo vivi rimpetto all' opinione che esagera l'influenza della religione sul mondo romano: ma io pensai che adesso non fosse inopportuno di dare certo rilievo all' opinione opposta a quella che si tiene presentemente.

(2) Un tempo si ebbe infatti questa opinione; e Polibio VI, 56, fu il primo a darne il triste esempio. Egli ravvisa nella religione romana un semplice spediente, destinato a frenare la moltitudine col timore degli iddii, il quale fu, con questa intenzione, applicato e perfezionato dalla classe dominatrice.

spettanti a questo secondo lato (1), non erano ricercati, avulo riguardo alla loro politica insignificanza; e però i plebei, nelle loro lotte per ottenere gl'impieghi ecclesiastici, non li domandarono mai (2). Siccome la religiosità romana era affatto esteriore, così non v'era in Roma nemmeno l'ombra di quella influenza morale, che i sacerdoti esercitano solitamente sul popolo (3). Presso d'un popolo effettualmente religioso la religione non si rinchiude in sè stessa, restringendosi al dogma ed al culto; ma abbraccia e penetra tutta quanta la vita morale della nazione. L'estensione del ministero sacerdotale risponde a quella della religione; i sacerdoti sono gli institutori del popolo, ed hanno, come tali, la massima influenza sopra di lui. Ma in Roma è ben altro. Là i sacerdoti non sono che i servi degli Iddii, ed il loro ufficio è ristretto all'esercizio ed alla cura del culto; in paragone del quale il dogma religioso ha una importanza secondaria; anzi negli ultimi secoli della repubblica egli cade poco meno che in assoluta dimenticanza; di guisa che l'ufficio sacerdotale si è ridotto all'esecuzione meccanica di ceremonie incomprese, e però insignificanti; ed egli non deve che all'istinto conservatore dei romani di aver potuto conservare la sua stentata esistenza. Ristretti così al semplice rito, questi sacerdoti non potevano avere un'influenza di sorta sulla vita, e ciò ch'era inefficace veniva in Roma considerato assai poco (4). Coi sacerdoti fa un contrasto caratteristico la podestà del Censore; la morale trascurata dalla religione

(1) La condizione dei *Pontifices*, degli auguri, dei feciali e dei decemviri era affatto diversa; e quindi io non intendo di parlare di loro, ma sì dei veri ecclesiastici, com'erano i *flamines*, il *rex sacrificulus*, le *vestali*, e simili.

(2) I giovani dissoluti erano talvolta destinati, per castigo, all'ufficio di *flamines (capti)*. Livio XXVII, 8.

(3) * Laonde, nell'eleggere i sacerdoti, non si faceva gran caso della moralità: si consulti, a modo d'esempio, Val. Mass., VI, 9, § 3.

(4) Veggasi, esempligrazia, Livio, XXVII, 8. I *flamines Diales* avevano il diritto di entrare in senato, ma non ardivano di farlo.... *rem intermissam per multos annos ob indignitatem priorum flaminum;* ed allorchè C. Flacco osò di invocare questo diritto e l'ottenne, tutti, come Livio ci attesta, furono concordi nel giudicare: *magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.*

rifugge sotto del suo patrocinio, ed a lui si devolve l'incarico dell'istruzione e della disciplina morale.

Trapassiamo adesso alle relazioni pratiche della religione collo Stato. Parlando del principio religioso (capo 12) abbiamo osservato che la costituzione politica era ricinta tutta di elementi religiosi, e che eziandio nel diritto civile e criminale si discoprono degli effetti molteplici di quel principio. L'idea, donde erano venuti questi effetti, era stata profondamente religiosa; e questa noi la attribuiamo a quell'intima relazione che il popolo credeva esistere tra sè e gli iddii, alla parte che, a suo credere, gli iddii prendevano nello Stato e nel moto dell'umanità; al bisogno interno del popolo di rintracciare una consecrazione celeste alle sue instituzioni, e di uniformare in tutto i suoi atti alla volontà degli iddii. Ma, come sì spesso accadde, anche questa volta la forma esterna sopravvisse lungamente allo spirito dond'era uscita; quella rimase, questo si trasformò.

L'epoca della realità romana non è di già più inspirata dal sentimento, donde escirono le instituzioni religiose (1): i primordii poi ed i primi secoli della repubblica dimostrano una totale dimenticanza delle tradizioni religiose (2), cagionata veramente da

(1) Son ben lieto di poter allegare, a sostegno di questa opinione, un nome così autorevole, com'è quello di Ambrosch, nei suoi studi da me sì spesso citati (p. 57): « È indubitato che quella condizione tranquilla ed uniforme, in che solo potè sorgere quel sacerdozio e quel sistema religioso vincolato a tante formalità, si è mutata fin sotto dei re. La leggenda non ha dimenticato di accennare questo passaggio dalla religione e dalla pace alla irreligione ed alla inquietezza, questa trasformazione del regno ecclesiastico in un regno temporale. Il conquistatore Tullo ignora gli antichi precetti religiosi, ed è avverso agli iddii. Il suo successore, da cui evidentemente incomincia una vita politica più elevata, proscioglie sè e la realità dalle funzioni religiose, conferendo ad appositi mandatari una parte non lieve dei suoi uffici ecclesiastici. Sotto dei suoi successori l'ufficio politico diventa sempre più preponderante... L'ultimo re di Roma è rappresentato come uno sprezzatore della religione patria, e partigiano dei culti stranieri ». A caratterizzare lo spirito di quell'epoca vale anche il progetto formato dal primo Tarquinio, di cambiare di propria autorità la costituzione antica instituendo tre nuove tribù.

(2) Ambrosch, l. c., pag. 64, oss. 111, colloca il cominciamento della

casi urgenti, ma che sarebbe inescogitabile, se si fosse conservato l'antico spirito religioso. Queste prepotenti circostanze furono: l'ingrandimento della realità, e la potenza e l'opposizione crescente dei plebei: la prima condusse all'abolizione della realità, patente violazione della costituzione consacrata, appena velata dalla apparente continuazione della realità nel *rex sacrificulus*, e specialmente pericolosa come precedente a cui potevano in ogni occorrenza riportarsi i plebei (1): la seconda produsse tante concessioni, ch'erano altrettante trasgressioni del *Fas*. Un popolo animato da spirito veramente religioso avrebbe lasciati uscire i plebei dalla città, ed avrebbe resistito fino agli estremi, più presto che accordare loro, verbigrazia, il *connubium* (2); o, concessolo, non avrebbe incontrato con loro matrimonii, non li avrebbe ammessi al consolato e simili: e similmente, a vece di abolire la realità, avrebbe eletto un altro in luogo dell' espulso Tarquinio.

Non si arrischia quindi di parere ingiusti verso dei patrizii, pensando, che l'idea della inviolabilità religiosa della costituzione, che essi usavano di addurre siccome pretesto di resistenza alle ragioni dei plebei, avesse di già perduto il suo ascendente sugli animi. Conviene del resto attribuire ai plebei, se lo Stato si emancipò dalla religione, e se così per tempo diminuì l'efficacia del principio religioso; le loro intraprese politiche indussero necessariamente quell' effetto. Ogni sconfitta dei patrizii era una sconfitta del principio religioso; ogni vittoria dei plebei una vittoria riportata sul principio della inviolabilità religiosa del diritto pubblico interno. Tornò in grandissimo pregiudizio della religiosità romana in generale, che il principio religioso occupasse, nell'antica costituzione, un posto troppo avanzato, e fosse quindi troppo

decadenza della teologia pontificale e della disciplina augurale dopo la seconda guerra punica. Veggasi pure la pag. 66. Che sarà mai preceduto per render possibile tal decadenza! L'autore sullodato osservò, che fino avanti della prima guerra punica si hanno indizi di rispetto decrescente per la religione. Pag. 65, oss. 116.

(1) Come in fatto avvenne. Livio IV, c. 6.

(2) Il motivo per cui proibivasi era: *quod nemo plebejus auspicia haberet, ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.*

esposto alle lotte dei partiti. Lo spettacolo di vedere la religione abbandonáre successivamente le sue posizioni, ed avere sempre la peggio, doveva contribuire a scemare grandemente il sentimento religioso d'ambo i partiti, ed a far loro comprendere che in Roma l'interesse politico poteva più che l' interesse religioso. Laonde, per rispetto a quella parte di missione del popolo romano che per tal mezzo si attuò, possiamo affermare che i plebei, strappando i patrizii dalle pastoje del principio religioso, compierono un' opera grande e gloriosa, perchè li obbligarono a diventare romani.

Tuttavia la religione non recedette dalla costituzione che quanto lo richiese l'interesse dei plebei; e, nell'interno della costituzione, le rimase anche dopo uno spazio ragguardevole, su cui ella potè esercitare, senza contrasto, la sua influenza. Ma l' autorità lasciatale effettualmente non era sua, ma dello Stato. I romani avevano appreso alla scuola delle lotte di parte a sottomettere la religione all'interesse politico; i loro atti successivi onorarono questa scuola. L'essenza dello spirito romano consisteva, come avvertimmo altrove, nell'indirizzare ai fini suoi proprii qualunque elemento che spuntasse nel mondo romano. Avendo la religione patito grande diminuzione nella sua forza da'colpi ripetutamente datile, si adattò a questo sistema; ed avendo ella, per questa sua arrendevolezza, schivato il conflitto coll'interesse politico, conservò un'autorità ed una indipendenza apparente. Lo Stato romano corrispondeva onninamente alle sue massime, ai suoi precetti, pareva assoggettarsi alla sua autorità: ma egli poteva farlo senza correre alcun rischio, da poi che i precetti della religione erano foggiati all'intutto al modo dello Stato, e l'autorità della religione non faceva che inculcarne i voleri; di guisa che, egli ottenne, in fin dei conti, l'assistenza di questa alleata, senza fare per ciò dal canto proprio nessun sagrifizio di conseguenza (1).

(1) Si potrebbe per avventura muovermi quest'istanza: a che giovava l'ajuto della religione se, giusta le premesse, ella era vacua d'ogni vera forza vitale ? A ciò potrebbesi rispondere: primieramente che la correlazione ch'io ho supposto passare tra la religione e la politica non sussisteva che per le classi più elevate della popolazione, le quali più ne facevano uso; e non già per la moltitudine. Ciò, com'è noto, è verissimo pei tempi di Cicerone; incredulità all'alto, superstizione al basso!

È nostra intenzione di provare adesso, con alla mano le instituzioni e le massime politiche e religiose, la verità di quanto asserimmo (1). Riguardiamo anzi tutto le persone incaricate di mettere in opera questi instituti, e di averne cura. Son esse i *pontifices*, gli auguri, i feciali ed i conservatori dei libri sibillini. Grande era l'influenza dell'ufficio loro, *ma per esercitarlo dovevano esservi invitati dall'autorità politica*. Non rispondevano che ricercati, non avevano l'iniziativa. L'impiegato poteva, quantunque volta lo volesse, prendere gli auspicii da sè, ovvero appellare un indovino che non appartenesse al collegio degli auguri; l'osservazione instituita da un augure, senza il suo invito, non l'obbligava (2). Il collegio aveva bensì la facoltà di annullare un atto (come l'elezione di un magistrato nei comizii) per una irregolarità occorsa nel fare gli auspicii; ma, per quanto io sappia, potevalo soltanto dietro richiesta. I feciali decidevano le controversie internazionali; ma anch'essi solo quand'erano domandati.

Ma non occorre di avere ricorso, per l'età più antica, ad una supposizione sì trista; io per me penso invece che la natura umana possa spiegarci l'apparente contraddizione. Pare a prima giunta che quando si crede quello che si desidera, e che perciò la volontà serve ad indirizzare la fede, una tal fede non debba avere sopra di noi alcuna efficacia; ma invece quanto quest'ultima può essere grande! Questa illusione è profondamente radicata nell'umana natura, e come ella possa intervenire in un intero popolo, nessuno può provarlo per avventura così bene quanto il romano. Un difetto di vera religiosità, ed in sua vece una superstizione; la quale, quantunque ordinariamente non vegga che ciò che le va a genio, pure ha una gran potenza sul popolo! Si volevano dei segni, ma essi dovevano essere favorevoli. Nella prima guerra punica P. Claudio fece gettare in mare i polli che rifiutavano di dare il segno aspettato: I segnali sopraddetti erano di regola conformi al desiderio; ciononpertanto, quando pubblicavasi che i segni erano favorevoli, cresceva il coraggio all'esercito.

(1) Su di ciò v'hanno delle belle osservazioni in Beaufort, *la repubblica romana*, t. 1, c. V.

(2) Sulla condizione degli auguri veggasi segnatamente la dissertazione molto instruttiva di Rubino, l. c., p. 44-62, e sopra i feciali lo stesso, pag. 170 e seg. Intorno ai conservatori dei libri sibillini veggasi Hartung, *la religione romana*, v. 1, pag. 135.

Il diritto ecclesiastico era raccomandato alla guardia dei *pontifices*, persone venerate ed influenti; ma in un conflitto colla volontà del popolo esse rimanevano esautorate. Dalle loro condanne si poteva appellare al popolo; e, viceversa, veggiamo più tardi le loro sentenze assolutorie cassate dal popolo; e, nel secolo quinto dalla fondazione di Roma, il popolo costrinse finanche il *pontifex maximus* ad una celebrazione da lui pronunciata illecita, giusta il diritto ecclesiastico (1).

Ma, o grande o piccola che si fosse l'influenza di queste persone, non conviene obliare giammai, che i loro ufficii risguardavansi siccome spettanti all'amministrazione dello Stato. Essi toccavano a persone, che sino a quel momento avevano seguito la carriera pubblica, e che, per l'accettazione di sì fatti impieghi, non intendevano menomamente di aver fornita la loro vita politica, e quindi di potere in seguito fare a meno del favore popolare, e di professare perciò opinioni contrarie all'interesse dello Stato. L'interesse di casta non li seduceva ad abusare, od a propagare la loro autorità, a danno dello Stato; nel loro ufficio presente sentivansi, come in ogni altro, cittadini e romani; ed il sentimento, che come tali inspiravali, serviva loro di guida nel disimpegno delle funzioni. Codesto sentimento avrà sovente soffocato in germe il dissidio tra il diritto ecclesiastico e l'interesse politico: egli instillava loro lo spirito con che interpretare i libri sacri, i segni e simili; ed un pontefice od un augure ligio allo Stato, senza avvedersi nemmeno dell'impostura sua propria, dava ai segnali quell'interpretazione che meglio conveniva alle politiche necessità. Finchè l'esclusivo possesso di quelle cariche durò nei patrizii, questi se ne servirono nell'interesse del loro partito (2);

(1) Livius IX, c. 46: *Coactusque consensu populi Cornelius Barbatus pontifex maximus praeire verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.*

(2) Verbigrazia Livio IV, c. 7 (a. 310 U. C.).... *augurum decreto perinde ac vitio. creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat. parum recte tabernaculum cepisset.* Liv. VIII, c. 23 (a. 428 U. C.)... *consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt.... nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes*

ma ciò che un tempo accadde nell'interesse d'un partito, avvenne più tardi in quello del paese.

Non sarà inutile di richiamare eziandio l' osservazione stata fatta da altri(1): ch'ella era massima del governo romano, che lo Stato medesimo disciplinasse il corso di quelle correnti religiose a cui sembrava opportuno di non chiudere il passo. L'ammettere pubblicamente un nuovo culto al godimento di eguali diritti, pareva ai romani meno pericoloso che tollerarlo semplicemente. Sempre che non fosse più possibile di sopprimerlo, si adottava questo partito; il quale, se lo si risguarda dal lato meramente politico, dimostra ben altra accortezza, che non la via di mezzo, praticata nei tempi moderni, della semplice tolleranza. In Roma non esistevano sacerdoti, nei cui animi le leggi proibitive eccitassero l'avversione allo Stato,ed i quali rivolgessero la loro autorità sugli animi ai danni dello Stato; l'autorità ch'essi possedevano, apparteneva a lui, da poi che, ogniqualvolta egli ammettevali nella città, li incorporava, con eguali prerogative, nella gerarchia politico-religiosa ligia a sè proprio.

Se noi pigliamo adesso a considerare le instituzioni, le forme, i dommi e simili della religione romana nelle loro relazioni pratiche collo Stato, non duriamo fatica ad avvederci, non esservi in tutto il mondo romano uno spettacolo più disgustoso, di quello di

potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod plebejus dictator sit, id vitium auguribus visum. Di già nell' anno 293, secondo Livio (III, c. 10) i tribuni mettono in suspicione un *responso* dei *Duumviri librorum sacrorum*: « *id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur, ingensque aderat certamen* ».

(1) Esempligrazia Rubino, l. c., pag. 204, osserv.: « Si può congetturare quello che sarà accaduto anticamente dalla condotta che vedesi essere stata tenuta verso degli *haruspices*, dei sibillini, dei *vates*, nel l'accogliere i culti greci e simili. I *principes* non restarono indifferenti verso delle nuove religioni ed arti religiose; le tiravano a sè, lemodellavano, e ne traevano profitto ». Mecenate consigliava sì fatta massima ad Augusto (Dione Cassio LII, 36. Hartung, *La religione romana*, I, p. 256). « Conveniva bensì che vi fosse la divinazione, ma la dovevano esercitare dei servidori pubblici noti allo Stato, o non dei ciurmadori girovaghi ». Augusto vi si attenne fedelmente; e colla sua invenzione del *jus respondendi* ne trasferì l'applicazione ai giureconsulti. Puchta, *Corso delle instituzioni*, v. 1, p. 559.

vedere i sentimenti di un tempo profondamente religioso, come fu l'età antica, quasi impietriti sotto dei simboli, e nell' assoluta balia dell'intelligenza, che li modella in conformità de' suoi fini. Sì fatto disgusto non dipende già dal vedere perseverare le forme, anche dopo che elle furono abbandonate dallo spirito donde vennero: questo spettacolo ripetesi tutto dì; ma ciò che rincresce, è di vedere che un intelletto impoetico e freddo se n'è impadronito colle intenzioni a dir vero da un canto, di conservarle (1), ma di adattarle altresì, dall'altro, a' suoi fini. Questo guasto indotto dall'intelletto in una materia, che non era di sua spettanza, questa finzione avvertita od inavvertita, che osserva le forme indifferenti, e rimove a sè dinanzi, a mezzo di bruttissimi sofismi, gli ostacoli effettivi che oppone la religione; questo misto di superstizione, di furberia e di arte applicata alle cose di religione, è il lato ributtante del carattere romano. Ma egli è altresì il più idoneo a farcene comprendere l'essenza intima.

Esaminiamo adunque i principii religiosi e le forme, onde la rigorosa osservanza attirò sola quell'elogio smisurato che si costuma di dare alla religiosità romana (2). Sì i primi che le seconde

(1) Sarebbe un tema interessantissimo (ma di cui, com'è naturale, non possiamo occuparci adesso) quello di mostrare le somiglianze tra il modo con cui si trattò la romana giurisprudenza, e quello adoperato verso della religione. Gli istessi fatti che riscontriamo nella prima (esempligrazia il formalismo, la conseguenza logica, le finzioni, gli atti apparenti e simili, e insino ad alcuni principii materiali) li veggiamo riprodotti nella religione; ma con effetto al tutto contrario. Ciò che era appropriato al diritto e che ne favorì in modo stragrande lo sviluppo, fu invece dannosissimo alla religione e ne ha guasto ognora più lo spirito. Si tollera ben più di buon grado di veder trattate teologicamente delle quistioni legali, che non di veder discutere giuridicamente delle tesi teologiche. Rubino, l c., p. 219, nota 2, fa osservare: « quanto il fatto che la *justi* ed *injusti scientia* abbracciava anche la religione, valga a caratterizzare il pensiero romano ». Ai giuristi è nota la definizione legale della giurisprudenza d'una *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia* (l. 10, § 2, *D. de just. et jur.*) come del pari è loro noto che la dottrina sui *sacra* ascrivevasi al *jus publicum* (l. 1, § 2, ibid.).

(2) Così si esprime, verbigrazia, Hartung, nell'opera citata, I, p. 186: *laonde egli si conviene dare il vanto ai romani di avere posseduto, più*

non si convengono forse affatto coi fini temporali dei romani? È bensì vero, che le loro istituzioni politiche sono consecrate dalla religione; ma questa è tanto compiacente che, ogniqualvolta lo Stato il desideri, si adatta a tutti i cambiamenti. Il manto della religione può stendersi sopra tutti i rapporti e togliersi a piacere. Qualora sieno secondi gli auspici, si può distruggere la consacrazione (1) il matrimonio conchiuso colla solennità religiosa della *confarreatio* può sciogliersi a mezzo della *difarreatio*; si può ritornare profano un luogo santo, e si può costringere per insino gli iddii a migrare da un tempio in un altro. Viceversa questa consecrazione non è ristretta ai subbietti connessi colla religione, ma si può applicarla a qualunque instituzione. L'instituto del *Sacer* riposa in origine sull'orrore morale che inspiravano i delitti contro gli iddii; ma la legislazione usò di questa instituzione, sostenuta e dipendente dalle idee religiose, a guisa di una pena ordinaria; e quindi ne ha fatto, verbigrazia, un istromento efficacissimo a tutelare i tribuni.

Nel denunziare la guerra, i feciali dovevano gettare la lancia sul territorio dell'inimico; ma poichè l'osservanza di questa prescrizione era divenuta incomoda coll'ampliarsi dello Stato, si uscì d'imbarazzo facendo che un soldato di Pirro, fatto prigione, comperasse un sito dinanzi al tempio di Bellona; e questo lo si risguardò come la terra inimica (2). Il capitano malavventurato doveva ritornare in Roma a riprendere gli auspici favorevoli; ma anche da questa prescrizione molesta si liberarono i romani in modo consimile: convertivasi in *ager Romanus* qualunque sito del campo di battaglia, e là si rinnovavano gli auspici (3). Era obbligo di prestare le vittime votive; ma convien sapere (dice Servio) (4), *che nelle vittime si prendeva la sembianza per realtà; laonde, occorrendo delle vittime difficili da ottenere, se ne foggiavano le immagini con pane o cera, e si offrivano queste;* a vece delle cervie dovute

che qualunque altro popolo della terra, una religiosità generale, profonda ed incrollabile.

(1) Già di Tarquinio il giovane narra Livio. I, c. 55: *exaugurare fana sacellaque statuit.... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.*

(2) Veggansi i passi relativi nell'Hartung, l. c. II, p. 271.

(3) Si veggano i passi presso del Rubino, l. c., p. 89.

(4) Ad Aen. II, 116. Hartung, l. c. I, p. 160.

si sacrificavano delle pecore chiamandole cervie. Al *Flamen Dialis* era vietato il giuramento; invece al magistrato si conveniva di prestare il giuramento: laonde i due uffici erano incompatibili. Ma allorquando fu eletto in edile un *Flamen Dialis* (1); (ed il caso volle che egli fosse uno che aveva destato la maraviglia universale colla sua severità) (2) si rimosse l'ostacolo facendo giurare un procuratore in sua vece; ed il rigido sostenitore del diritto ecclesiastico non n'ebbe scrupolo, benchè un plebiscito avesse ordinato, ciò che del resto s'intendeva da sè: che si dovesse considerare come se egli stesso avesse giurato; e che perciò a lui non era in realtà proibito il giuramento, ma soltanto l'atto di giurare. Era prescritta la santificazione delle feste; la trasgressione avvertita di questo precetto non poteva nemmeno espiarsi; ma la religione si accomodava alle necessità pratiche; le opere necessarie si potevano esercitare anche nei giorni festivi (3).

A vece di accumulare ulteriormente degli esempi speciali, eleggo piuttosto di sottoporre ad esame una disciplina del diritto ecclesiastico ch'ebbe una vitale significanza per lo Stato, io voglio dire la dottrina degli auspicii e dei segni (4). Era un bisogno del sentimento religioso quello di riportare l'approvazione degli Iddii per ogni atto di qualche importanza; e credevasi che il cielo e gli uccelli, quali messaggieri degli iddii, ne partecipassero la vo-

(1) A. U. C. 552. Livio XXXI, 50.

(2) Livio XXVII, 8; questo passo fu avvertito dall'Ambrosch, p. 27 oss. 127. Di questo *Flamen* si è già parlato a pag. 258, nota 4.

(3) Hartung, l. c., I, pag. 188.

(4) È un fatto da rimarcarsi, che, quantunque gli auspici, le predizioni, e simili, avessero una parte tanto importante nella vita privata, nondimeno non si può rinvenire nel diritto romano privato la più piccola traccia di loro influenza. Le idee superstiziose del popolo erano respinte dalla ragione legale. La maniera con che il diritto trattò il giuramento è una prova irrefragabile dell'assoluta barriera che il diritto privato seppe frapporre tra sè e la religione. Il giuramento promissorio, legalmente, era inefficace (si rammenti come la prescrizione del diritto canonico fosse il contrapposto diretto): il giuramento assertorio non risguardavasi che come una transazione; e per conseguenza, l'essere egli vero o falso, era indifferente in faccia alla legge. *Contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem* (l. 2, *Cod. de reb. cred.*).

lontà. In seguito vi si aggiunsero degli altri presagi, come il divorare dei polli, le interiora delle vittime e simili; e la credulità affaccendavasi di attribuire un senso promettente buona o mala ventura alle azioni umane, agli ordinari infortunii, ai nomi e simili. Ma anche in ciò la scaltrezza romana non obbliò sè stessa: la dottrina dei presagi era architettata in maniera, che non l'uomo dai segni, ma questi dall'uomo dipendessero.

Uopo è distinguere gli auspicii, che venivano osservati e s'interpretavano colle regole dell'arte, dai segni semplici che s'offerivano da sè. Rispetto a questi secondi insegnavasi (1): ch'era rimesso al beneplacito dell'osservatore d'accettarli (*accipio omen*) o di rifiutarli *(ad me non pertinet)*; e fin anco di cangiarne la destinazione (2) ed il significato. Inoltre se nell'atto di osservare si sapeva sostituire una interpretazione favorevole opportuna alla sfavorevole ch'esciva direttamente dal segno, allora se ne infirmava l'effetto, l'apparente minaccia cambiava in promissione (3). Da ultimo un segno avverso non osservato restava inefficace; per ciò nei sacrifizii s'usava di velarsi la faccia per non vedere alcun segno, ed alla prolazione delle preci e delle formole del giuramento e simili si faceva intervenire un suonatore di tibia onde difendere anche gli orecchi (4).

In quanto poi agli auspicii, la disciplina augurale è un'irrefragabile conferma del parere da me esternato. Era essa rigorosa, anzi rigorosissima, circa all'osservanza delle forme; ma chi fedelmente le serbava conseguiva dei grandi vantaggi. Com'era grande il

(1) Hartung, l. c., I, pag. 101, Servio ad Aen.: *nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere.*

(2) Coll'astuzia e fin anche coll'inganno si poteva appropriarsi l'altrui presagio. A modo d'esempio ricordo qui la frode usata da un sacerdote di Diana, di cui parla Livio, I, 45. Plinio invece, nella sua *Istoria naturale*, lib. 28, cap. 2, § 15, narra di un tentamento simile sventato dall'accortezza dell'altra parte: *transiturum fuisse fatum in Etruriam, ni praemoniti... legati Romani respondissent, etc.*

(3) Hartung, l. c., I, pag. 101, che, fra gli altri, adduce il notissimo esempio di Cesare, che sbarcando sulla costa d'Africa cadde, e che rialzatosi prontamente esclamò: Africa, io ti possedo.

(4) Plinio, *Istoria nat.*, lib. XXVIII, c. 2, § 11.... *tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.*

bene che si ritraeva, da un lato, da questo rigore, che pel più piccolo errore di forma annullava tutto quanto l'atto! quanto non riusciva egli opportuno ad infirmare degli atti politici eseguiti precipitosamente e per sorpresa, come l'elezione di un impiegato inetto fatta dal popolo! (1). E quanto non era docile, dall'altro lato, quella disciplina quando occorreva di scoprire dei buoni o dei funesti presagi! Si trasportò agli auspici la massima delle leggi, che la posteriore abolisce l'anteriore (2), e con ciò si fece l'osservatore arbitro degli auspici. Occorrendo di sventare una deliberazione, di sciogliere un' assemblea popolare sediziosa, l'impiegato che prendeva gli auspici continuava l'osservazione sintantochè non otteneva un auspicio avverso. Per contrario, quand'era uopo di conseguirne uno favorevole, egli troncava l' osservazione appena avutala; i segni avversi anteriori erano distrutti da quest' ultimo. Ad impedire un' assemblea popolare bastava eziandio che nell'istesso giorno un magistrato qualunque, anche di minore autorità, avesse intrapreso un *servare de coelo*, e ne avesse informato il magistrato convocatore (3).

Benchè i segni celesti dovessero di necessità manifestarsi a colui che perseverava ad osservarli, tuttavia essi potevano farsi attendere per qualche tempo. Nel campo, ove un momento è sovente decisivo, occorrevano dei segni pronti, com'era verbigrazia il *tripudium* nel pasto dei polli (4). A tale intento ogni capitano di esercito recava con sè dei polli sempre affamati; e non è mestieri di osservare, come questo segnale dipendesse dal volere dell' investigatore. Per quanto sappiamo, convien dire altrettanto dei libri sibillini; essi erano così indeterminati ed anfibologici, che si poteva leggervi tutto che piacesse (5).

(1) Ne abbiamo recato degli esempi nella nota 2, a pag. 263

(2) Rubino, l. c., p. 69, oss. 1, ed i passi ivi riferiti di Servio ad Aen. II, 691: *si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora*, XII, 183: *in auguriis prima posterioribus cedere.*

(3) Che l'osservazione fosse propizia o contraria era tutt'uno, bastava il semplice atto di *servare de coelo*. Veggasi Rubino, l. c., p. 74 e seg.

(4) Perchè succedesse l'auspicio del *tripudium* conveniva che i polli, nel cibarsi, si lasciassero cadere di bocca parte dell'alimento sul terreno: cosa non difficile ad accadere con polli famelici, specialmente se eleggevasi un cibo opportuno.

(5) Hartung, l. c., I, pag. 135.

Merita d'essere osservato, che in tutti questi casi non occorreva che l'investigatore usasse la frode; ma che più presto la religione aveva stabilito delle regole e delle instituzioni così elastiche, che, anche osservate puntualmente, le si adattava ai bisogni del momento. Si poteva bensì fare alla religione il rimprovero di avere messo i segni in balla dell'investigatore; ma non v'era una ragione fondata di accagionare quest'ultimo, se egli discopriva ciò che tornava profittevole allo Stato.

Questa corruzione d'un istituto, surto in origine dalla pietà verso gli iddii, ha sotto l'aspetto religioso un non so che di ributtante, e dimostra la decadenza precoce della vera religiosità in Roma. Se questa avesse perseverato, la ricerca del placito divino non si sarebbe ridotta ad una vana e ridicola dimostrazione. Ma se, come vuolsi farlo, si considera questa instituzione (coi suoi impiegati ecclesiastici, i suoi segni, e le sue cause di nullità messi al servizio dello Stato) siccome un'instituzione politica; allora, in quanto poco conto conviensi averla dal lato religioso, in altrettanta stima la si debbe tenere da questo lato. Io ripongo l'utilità segnalata che tale instituzione procacciava, non tanto nel lato suo positivo, cioè perchè ella servisse d'istromento al governo per instillare la confidenza al popolo, a conciliare rispetto ed obbedienza alle sue disposizioni colla approvazione riportata dagli iddii; quanto nel suo ufficio negativo, cioè nella sua efficienza per arrestare od infirmare le deliberazioni politiche. Gli auspici infausti, anzi il semplice *servare de coelo* somministravano un mezzo legale di aggiornare un'assemblea popolare; ed anche solo questo era già un gran vantaggio in tempi di un passaggiero commovimento popolare. Gli errori di forma intervenuti nella celebrazione degli auspici davano facoltà di togliere di mezzo siccome nulle quelle precipitazioni e quegli abbagli degli impiegati e del popolo, che altrimenti non si sarebbero potuti correggere con nessun rimedio costituzionale (1); di guisa che nel collegio degli auguri, che in simili casi pronunciava la nullità, si potrebbe ravvisare *la suprema corte politica di cassazione*.

(1) Richiamo l'attenzione del lettore al caso dell'elezione del dittatore, di cui nella nota 2 a pag. 263.

L'ultima conclusione che possiamo dedurre dalle osservazioni anzidette è: che nell'epoca del diritto romano specifico la religione ha perduto questa significanza che noi dovemmo assegnarle nell'istoria della formazione del diritto. Le instituzioni e le forme religiose-politiche, in quanto alla sembianza esteriore, seguitano ancora a sussistere, ma lo spirito loro si è dileguato; la moralità romana non è più radicata nella religione, ma si bene nel principio dello Stato e del diritto. L'epoca gloriosa della repubblica ci porge una splendidissima prova della virtù morale che può estrinsecare il solo principio dello Stato e del diritto, quantunque volta egli si sia impossessato di tutto l'uomo (1). L'onnipotenza di sì fatto principio si appalesò anche in questo, che egli seppe ridurre la religione a semplice mezzo, nelle sue relazioni colla politica. È da attribuirsi a merito del sentimento politico e del carattere romano (e non della religione) se questo mezzo non fu rivolto a fini illeciti, ma al vero bene dello Stato; se fu impiegato con moderazione e decenza esteriore; e se i romani non lo resero odioso e spregevole logorandolo subitamente.

Trapassando adesso dalla religione agli altri principii originatori del diritto romano: *la volontà soggettiva, la famiglia, e la costituzione militare;* riguardo al primo basterà di osservare: che il seguente sistema si vuole risguardarlo precipuamente come il suo frutto; e che per ciò, occupandoci di questo sistema, ci verrà porta l'occasione d'imparar a conoscere sì fatto principio in tutta quanta la sua ampiezza, nel colmo della forza e della perfezion sua. A noi non ispetta di esaminare il come si svolgesse storicamente, l'importanza ch'ebbero, per questo riguardo, le im-

(1) Questo fatto fu di già avvertito da Agostino in un passo allegato da Ambrosch., *De civitate Dei*, V, 12 *qui* (romani) *causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant, salutem quo ejus saluti suae praeponere non dubitarent; pro isto uno vitio, i. est amore laudis, pecuniae cupiditatem et multa alia vitia comprimentes.*

prese dei plebei, le leggi delle dodici tavole e simili: materie son queste di appartenenza dell'istoria del diritto romano. A noi basta di sapere che questo principio ebbe la parte precipua nella creazione del diritto romano, e che in essa egli fu svolto con una conseguenza logica prodigiosa, e sottratto alla soggezione in cui lo tenevano gli altri principii originatori. Ai due principii rimanenti toccò una sorte direttamente contraria a questa del principio soggettivo.

Il loro tempo era passato, il popolo romano, soppresso ch'ebbe il contrasto tra i patrizi ed i plebei, aveva mestieri di forma e di principii ben altri da quelli che governarono il primo popolo di Roma. Che se, per l'esteriore apparenza, sopravvivono ancora delle institnzioni attinenti a quei due principii: la loro importanza e virtù propria produttiva è però, come quella della religione, svanita. Noi dovremo perciò quind'innanzi lasciarli; il seguente sistema li ha dimenticati.

Non occorrendoci adesso di combattere una opinione dominante opposta, come ci accadde nel principio religioso, ci congederemo brevemente da loro. Per ciò che concerne primamente il principio di famiglia, la sua importanza, sì civile che politica, diminuisce in proporzione che cresce la potenza dei plebei. Anche qui essi hanno il merito di avere spinto ad un passo importantissimo, così per lo sviluppo della vita politica, come pel libero propagamento del diritto privato. Per quest'ultimo riguardo la condizione originaria dei plebei indusse la indipendenza del diritto privato dal pubblico, e del diritto sugli averi dalla famiglia. Il diritto privato puro, emancipato dalle influenze di famiglia, va conseguentemente debitore ai medesimi della sua origine; e tale è per l'appunto il diritto romano privato successivo. Sotto dell'aspetto politico, i plebei rappresentano la egittimità delle forze individuali, tanto mentali e morali che materiali, rimpetto alle prerogative della nascita; la prevalenza di un volere libero alla necessità indotta dalla natura, i bisogni ed i diritti viventi, rimpetto ai principii ereditati dall'età passata.

La costituzione militare è il luogo, dove al principio plebeo riesce ad aprirsi primamente il passo, con iscapito del principio di famiglia. L'interesse militare è, per avventura, quello che con maggiore facilità sorpassa il principio della nascita. La costituzione serviana, di cui accennammo (pag. 198) le disposizioni,

che sono eminentemente militari, ci rappresenta i patrizi ed i plebei riuniti in un solo esercito; e gli averi che servono di mezzo per determinare l'obbligo militare ed il diritto di dare il suffragio nei comizi centuriati. Ma gli averi altro non sono che la forza materiale dei singoli soggetta alle vicende dell'acquisto e della perdita; e però essi contrastano direttamente col principio della famiglia. Colla sua adozione, siccome regola dei diritti e dei doveri politici, benchè in principio ella fosse assai ristretta, s'intaccarono le radici dello Stato delle razze. Nè questa fu un'apparizione isolata; ma sotto dei tre ultimi re si fa ognora più manifesta la tendenza di svincolarsi dalle tradizioni e dalla immobilità propria di quello Stato. La reazione contro sì fatta tendenza escì per verità vittoriosa dalla guerra da essa fatta alla realità; ma a tutti è palese ch' ella dovette cedere sempre più, e finalmente soccombere al principio plebeo. Questo non è il luogo di descrivere sì fatta guerra; ma di già superiormente accennammo (pag. 133), che, a vece d'affievolire le forze esistenti, essa per contrario sviluppandole recolle al più alto grado (1).

Il principio militare, a cui noi c'indirizziamo adesso, aveva dato l'origine alla realità; ma questa non si contenne nei confini prescritti da quel principio (p. 202-204). Il continuo ingrandimento e la finale sua conversione in arbitrio cagionò la sua caduta; senza però trarre con sè l'abolizione dell'*imperium*. A nessuno è ignoto che *l'imperium* venne spogliato dell'arma sua più terribile, intendo del diritto di vita e di morte; ma che però, pel caso che si fosse eletto un dittatore, quello ricuperava temporaneamente la sua onnipotenza. L'istinto politico dei romani intravide anticipatamente, che non si conveniva di rigettare assolutamente la realità: che gli abusi fattine dipendevano, nella massima parte, dalla sua durata vitalizia; ma che il suo ristabilimento per un brevissimo tempo, se da un lato non lasciava temere molto il pericolo d'un abuso (2), era dall'altro l'unico spediente salutare in tempi di convulsioni poli-

(1) Altrove abbiamo osservato che alcuni corollari del principio di famiglia rimasero nello Stato e nel diritto romano a guisa di instituzioni generali, verbigrazia la *censura* (pag. 142), la *cura prodigi* (pag. 144), l'*actio popularis* (pag. 138).

(2) Il tempo della dittatura non poteva, com'è noto, eccedere sei mesi.

tiche. Di tal maniera la costituzione romana conservò, a fianco del propagamento della podestà politica al popolo, al Senato ed agli impiegati, eziandio la possibilità di concentrarla tutta nelle mani di un solo; ed a fianco alla pesantezza delle lente instituzioni repubblicane mantenne l'azione pronta di una assoluta monarchia. Nel campo l'*imperium* restò sempre nel prisco vigore (1); e se ai tempi della realità l'intero popolo aveva sostenuto il freno della disciplina militare, ancora per secoli ogni generazione si educò, almeno in gioventù, nella scuola salutifera di un tale regime. Il servizio militare era scala ed apparecchio al servizio proprio dello Stato. Abbiamo di già avvertito quanto ciò tornasse profittevole al carattere romano (pag. 206, 207).

(1) I titoli delle Pandette *De re militari* (49, 16) e *De captivis* (49, 15) ne somministrano delle prove. Nè posso fare a meno di riferire un frammento di un passo di Paolo, ch'è la legge 19, § 7 del secondo di questi titoli: *Filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti neque vivo patre, quia pater sic illum amisit, quemadmodum patria; et* QUIA DISCIPLINA CASTRORUM ANTIQUIOR FUIT PARENTIBUS ROMANIS, QUAM CARITAS LIBERORUM. La legge 3, § 5, *idem*, si esprime così: *In bello qui rem a Duce prohibitam fecit aut mandata non servarit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.*

FINE DEL LIBRO PRIMO.

INDICE

Introduzione.

IL PROBLEMA ED IL METODO ONDE RISOLVERLO.

Metodo della esposizione storica del diritto.

REQUISITI VOLUTI DALLA NATURA DEL DIRITTO.

LIBRO PRIMO.

I PRINCIPI ORIGINATORI DEL DIRITTO ROMANO.

CAPO I.

CAPO II.

CAPO III.

I punti donde muove il diritto romano, ovvero i suoi elementi originatori.

CAPO IV.

1. — Il principio della volontà subbiettiva sorgente originaria del diritto romano.

CAPO V.

CAPO VI.

CAPO VII.

CAPO VIII.

I. — *Il principio di famiglia.*

CAPO IX.

CAPO X.

II. — Influenza della costituzione militare sullo Stato e sul diritto.

CAPO XI.

III. — Il principio religioso e la sua influenza sullo stato e sul diritto.

CAPO XII.

CAPO XIII.

CAPO XIV.

CAPO XV.

ERRATA	CORRIGE
Pag. 24 *lin.* 37 — che sola ho mestieri	— che solo ha mestieri
» 33 » 16 — non s realizza	— non si realizza
» 76 » 27 — (l. I, c. 7)	— (Liv. I, c. 7.)
» 101 » 4 — dell'offesa	— dell' offeso
» 121 » 2 — si aveva fondamenta	— si aveva fondamentata
» 216 » 6 — una lega un diritto	— una lega, un diritto
» 235 » 16 — delle interdizioni	— delle intenzioni
» 248 » 35 — ed era a lui era riservato	— ed era a lui riservato